# Die Solidarbürgschaft im Bankverkehr

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

eingereicht von

**Alfred Raaflaub**

von Saanen

Bern — Gedruckt bei Stämpfli & Cie. — 1932

Die gleiche Arbeit ist erschienen als

Heft 73

der

**„Abhandlungen zum schweizerischen Recht“, Neue Folge**

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, herausgegeben von Dr. Theo Guhl, Professor der Rechte an der Universität Bern

Bern — Stämpfli & Cie. — 1932

# Die Solidarbürgschaft im Bankverkehr

Inaugural-Dissertation

zur

**Erlangung der Doktorwürde**

der

hohen juristischen Fakultät der Universität Bern

eingereicht von

**Alfred Raaflaub**

von Saanen

Bern — Gedruckt bei Stämpfli & Cie. — 1932

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

# Inhaltsverzeichnis.


Seite

Literaturverzeichnis . . . . . V
Vorwort . . . . . 1

I. Kapitel:

*Allgemeines. — Entstehung der Bürgschaftsverträge* . . . . . 2

§ 1. Der Bankkredit und die Bankkreditgeschäfte . . . . . 2
I. Einleitung . . . . . 2
II. Begriff und Arten des Kredites . . . . . 3
III. Der Personalkredit . . . . . 5
IV. Darlehn und Krediteröffnungsvertrag . . . . . 8
V. Die äussern Formen des Krediteröffnungsvertrages . 14
A. Kredite in Leistungsform . . . . . 14
*a)* Der Kontokorrentkredit . . . . . 14
*b)* Der Diskontokredit . . . . . 20
B. Kredite in Verpflichtungsform . . . . . 22
*a)* Der Akzeptkredit . . . . . 22
*b)* Der Aval- oder Kautionskredit . . . . . 23

§ 2. Das Wesen der Bürgschaft . . . . . 24
I. Begriff und Arten . . . . . 24
II. Bürgschaftsähnliche oder verwandte Verträge . . . . 29

§ 3. Die Entstehung der Solidarbürgschaftsverpflichtungen . 33
I. Voraussetzungen der Bürgenqualität . . . . . 34
II. Die Stellung des Gläubigers bei Vertragsabschluss . 36

§ 4. Die Form der Solidarbürgschaftsverträge . . . . . 39
I. Im allgemeinen . . . . . 39
II. Im Bankverkehr . . . . . 43

II. Kapitel:

*Die Wirkung der Solidarbürgschaftsverträge im Bankverkehr* . . 47

§ 5. Rechte und Pflichten des Bürgen . . . . . 47
I. Rechte des Bürgen . . . . . 49
A. Der Übergang der Gläubigerrechte auf den Bürgen bei Bezahlung der Bürgenschuld . . . . . 49
B. Einreden des Bürgen . . . . . 57
II. Pflichten des Bürgen . . . . . 60

Seite

§ 6. Die Haftung des Bürgen . . . . . 61
I. Die Haftung für Zinsen, Provisionen und Kosten . . 61
A. Umfang der Haftung nach OR Art. 499 . . . . 62
B. Zinsfussänderungen und das Erfordernis der Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung nach OR Art. 493 . . . . . 64
C. Maximalhaftungsbetrag und Kreditlimite . . . . 68
D. Die Haftung für kapitalisierte Zinsen . . . . . 70
II. Die Haftung für zeitlich vor Eingehung des Bürgschaftsvertrages entstandene Schulden . . . . . 72
§ 7. Rechte und Pflichten des Gläubigers . . . . . 77
I. Pflichten des Gläubigers . . . . . 78
A. Pflicht zur Herausgabe der Beweismittel . . . . 78
B. Pflicht zur Herausgabe der Pfänder . . . . . 79
C. Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen . . . . . 81
II. Rechte der gläubigerischen Bank . . . . . 89

III. Kapitel:

§ 8. Das Erlöschen der Solidarbürgschaftsverpflichtung . . . 92
I. Die Wirkungen des Untergangs der Hauptschuld . 92
II. Der Wechsel in der Hauptschuldnerschaft . . . . . 93
III. Das Erlöschen der Bürgschaft nach OR Art. 502 und 503 . . . . . 96
IV. Der Anspruch des Bürgen auf Zahlungsannahme oder Entlassung durch den Gläubiger . . . . . 102

Anhang: Formular . . . . . 104

# Literatur.

*Aeschlimann, O.*, Der Krediteröffnungsvertrag nach schweizerischem Recht. Diss Bern 1925.

*Bankgeschäftliches Formularbuch.* Mit Unterstützung des Zentralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes (E. V.) für dessen Mitglieder bearbeitet von A. Koch und W. Schütz. Als Manuskript gedruckt.

*Blumenstein, E.*, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes. Bern 1911.

*Celebonovits, J. K.*, Das Kontokorrentrecht. Diss Zürich 1917.

*Enneccerus, L.*, Recht der Schuldverhältnisse, im Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Marburg 1922.

*Fick*, Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht. 1911—1913.

*Gadmer, P.*, Solidarschuldner und Bürge nach schweizerischem Obligationenrecht. Diss Zürich 1929.

*Hafner*, Das schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen. 2. Auflage 1905.

*Hallbauer, M.*, Die Bürgschaft und verwandte Rechtsgebilde im Bankverkehr. Bankarchiv 7.

*Handwörterbuch der Betriebswirtschaft*, herausgegeben von H. Nickisch. Ausgabe 1926.

*Handwörterbuch des Kaufmanns*, herausgegeben von Karl Bott. 1925.

*Handwörterbuch der Rechtswissenschaft*, Berlin und Leipzig 1926.

*Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft*, herausgegeben von Reichesberg. Bern 1901—1909.

*Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, 4. Auflage, Jena 1923.

*Jaeger*, Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs. Zürich 1911.

*Koch, A.*, Kredit im Recht. Jena 1925.

*Kurz-Bachmann*, Die Schweizerischen Grossbanken. Zürich und Leipzig 1928.

*Kurz, H.*, Die Grossbanken im schweizerischen Wirtschaftsleben. «Schweizer-Zeitfragen.» Heft 56, Zürich 1922.

*Leitner, F.*, Bankbetrieb und Bankgeschäfte. 6. Auflage, Frankfurt a. M. 1923.

*Lemke, K. H.*, Der Personalkredit an Grosshandel und Industrie. Berlin und Leipzig 1922.

*Margot, A.*, Le Cautionnement du Compte de Crédit. Diss Lausanne 1930.

*Obst, G.*, Das Bankgeschäft. Leipzig 1914.

*Oser, H.*, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht. Zürich 1911.
Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zürich 1929.

*Reichel*, Die Schuldmitübernahme. München 1909.
— Zum schweizerischen Bürgschaftsrecht. JZ *13*, *17*, *18*, *20*.
*Riesser*, Die Deutschen Grossbanken. 4. Auflage, Jena 1912.
*Roos, G.*, Über die Subrogation nach schweizerischem Recht. Diss Zürich 1928.
*Rossel, V.*, Manuel du droit fédéral des obligations. Lausanne 1905.
*Roth*, Über das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen bei der Kontokorrentbürgschaft. Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. Jahrgang 4 355 ff.
*Staub*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin und Leipzig 1926, 12. und 13. Auflage.
*v. Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 7.—8. Auflage, München und Berlin 1912.
*Schulthess*, Die Verpflichtung des Bürgen nach schweizerischem Recht. ZSchwR nF *44* 63 ff.
*Thalmann*, Das Wesen der Bürgschaft des Schweizerischen Obligationenrechts. Diss Bern 1920.
*v. Tuhr, A.*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts. Tübingen 1924—1925.
— Bemerkungen zum Bürgschaftsrecht. JZ *19*.
— Zum Regress des Bürgen. ZSchwR *42*.
*Tobler, H.*, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger nach dem schweizerischen Obligationenrecht. Diss Bern 1926.
*Vischer*, Der Rückgriff der Bürgen nach Titel 20, Abschnitt IV des schweizerischen Obligationenrechts. ZSchwR nF *7* 1 ff.
*Westerkamp, W.*, Bürgschaft und Schuldbeitritt. Berlin 1908. Heft XXXIII der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Studien.
*Wetter, E.*, Die Lokal- und Mittelbanken der Schweiz. Zürich 1914.
*Zimmermann, H.*, Einiges über die Kreditgewährung durch die Handelsbanken. Separatabdruck aus der JZ *19*.
— Über die «Allgemeinen Kontokorrentbedingungen» der Banken. Separatabdruck aus der JZ *17*.

## Zeitschriften und Judikatur.

Bank-Archiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
BlZüR = Blätter für zürcherische Rechtsprechung.
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.
RG = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
BGE = Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes, Amtliche Sammlung.
Pra = Die Praxis des Bundesgerichts.
JZ = Schweizerische Juristen-Zeitung.
ZBJV = Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins.
ZSchwR = Zeitschrift für schweizerisches Recht.

# Vorwort.

In der vorliegenden Arbeit haben wir uns zur Aufgabe gestellt, anhand der uns in verdankenswerter Weise zur Verfügung gestellten Bürgschaftsformulare der bedeutendsten Kreditinstitute der Schweiz den wesentlichen Inhalt der Verträge zu besprechen, die im Bankverkehr zwischen der Bank als Gläubiger und den Bürgen einer Kreditschuld abgeschlossen werden.

Wir haben versucht, erstens die Auswirkung der Gesetzesbestimmungen über die Bürgschaft im Bankverkehr darzustellen und zweitens die dort aus Zweckmässigkeitsgründen vorgenommenen Abänderungen derselben, zusammen mit den üblichen Vertragsabreden, zu untersuchen. Wir gingen in unserer Abhandlung weniger von der Eigenart der Hauptschuld und deren Wirkungen auf das Bürgschaftsrecht aus, sondern konzentrierten unser Interesse mehr auf den Bürgschaftsvertrag selber und auf die Auswirkungen des Bürgschaftsrechtes auf die Bankkreditgeschäfte.

Wir hoffen damit der Bankpraxis einige Anregungen geben zu können und auch den Gerichten bei Prüfung solcher Streitfälle zwischen der Bank und dem Kreditbürgen ein gewisses Vergleichsmaterial zusammengestellt zu haben.

# 1. Kapitel.

# Allgemeines. Entstehung der Bürgschaftsverträge.

## § 1.

## Der Bankkredit und die Bankkreditgeschäfte.

### I. Einleitung.

Mittelpunkt des Bankbetriebes ist das Kreditgeschäft, welches eine Bank überhaupt als solche kennzeichnet. Dieses bildet nicht nur den «Grundstein, auf welchem nach und nach der grosse Bau des gesamten weitverzweigten Bankgeschäftes aufgerichtet wurde, sondern ist ohne Zweifel auch die wirtschaftlich wichtigste Funktion eines kommerziellen Bankinstitutes» [1]).

Das Kreditgeschäft besteht für die Bank in einem Passiv- und einem Aktivgeschäft, Kredit nehmen und Kredit geben. Volkswirtschaftlich bietet uns demnach die Bank das Bild eines Vermittlers [2]). Für die richtige und pünktliche Rückzahlung der geliehenen Kapitalien muss die Bank mit ihrem ganzen Vermögen einstehen, während sie hinsichtlich der ausgeliehenen Kapitalien die Gewissheit der rechtzeitigen und sicheren Rückzahlung nicht ohne weiteres hat. Vielmehr besteht für ein Kreditinstitut beim aktiven Kreditgeschäft immer das Risiko, dass der Schuldner weder pünktlich noch überhaupt zahlt. Erste Voraussetzung jeder Bankpolitik und demnach das wichtigste Bestreben jeder Bankleitung muss darauf gerichtet sein, dieses Verlustrisiko auf ein Minimum herabzumindern und nur Kredite zu gewähren, die den höchstmöglichen Grad von Sicherheit bieten.

[1]) *Kurz-Bachmann* 43.
[2]) Handwörterbuch der Staatswissenschaften *2* 128.

Neben der Sicherheit müssen aber die im aktiven Kreditgeschäft ausgeliehenen Kapitalien in Übereinstimmung mit den eigenen Zahlungsverpflichtungen der Bank realisierbar sein. Jede Kreditgewährung vermindere die Zahlungsbereitschaft der Bank, sagt Leitner (222), denn jede Anlage bewirke die Verausgabung eines Aktivums gegen die Erlangung eines andern Aktivums. Im Aktivkreditgeschäft handelt es sich um die Verausgabung von Zahlungsmitteln [1]) gegen die Erlangung von Forderungen an den jeweiligen Kreditnehmer. (Geld gegen Rechte.)

Als dritter Gesichtspunkt tritt für die Bank neben Sicherheit und Liquidität der aktiven Kreditgeschäfte deren Rentabilität. Die Differenz zwischen der Zinsvergütung, die eine Bank ihren Gläubigern und Kreditgebern zukommen lässt und dem Zins, den sie von ihren Schuldnern und Kreditnehmern erhält, ist die Haupterwerbsquelle eines jeden Kreditinstitutes.

Es war notwendig, zu Beginn dieser Abhandlung die wirtschaftlichen Funktionen des Bankgeschäftes kurz zu erwähnen. Die Tatsache, dass die Banken stets äusserstes von ihren Kreditnehmern verlangen und oftmals völlig rücksichtslos gegen den einzelnen Schuldner vorgehen, können wir nur verstehen und richtig würdigen, wenn wir uns immer wieder diese, für die Volkswirtschaft eminent wichtige Rolle der Bank vorstellen und uns die Verantwortung vergegenwärtigen, die ein Kreditinstitut gegenüber seinen Gläubigern hat, welche sich ja zum grossen Teil aus den kleinen Sparern und dem Mittelstande zusammensetzen.

## II. Begriff und Arten des Kredites.

Das Wort Kredit kann verschieden gedeutet werden. Man versteht darunter einmal nach Sprachgebrauch das Vertrauen, das einer Person zugemessen wird, dass sie ihre Verpflichtungen erfüllt. Wir sagen in diesem Sinne, dass

[1]) Dies trifft nicht eigentlich zu für die Kredite in Verpflichtungsform, für die Akzept- und Avalkredite.

jemand Kredit «hat». Doch wird der Ausdruck nicht nur zur Charakterisierung einer subjektiven Meinung, also im immateriellen Sinne [1]), verwendet, sondern auch dann, wenn im Hinblick auf dieses Vertrauen ein Geschäft abgeschlossen wird. In diesem Falle sagen wir, es «erhält» jemand Kredit. Schliesslich spricht man aber auch von Kredit und Kreditgeschäft, wenn das Vertrauen weniger ausschlaggebend ist, sondern die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtung durch Pfänder oder sonstwie sichergestellt wurde. Das Wesen des Kredites besteht dann nur in einer gegenwärtigen Leistung gegen das Versprechen einer künftigen Gegenleistung.

In der Regel ist aber doch das Vertrauen, das der Empfänger der gegenwärtigen Leistung hat, dass er seine Verpflichtungen erfüllen werde, die Grundlage eines jeden Kreditgeschäftes. Dieses Vertrauen beruht einmal auf der vermutlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners, die sich in dessen allgemeiner Vermögenslage oder im Wert der gewährten Sicherheiten offenbart, ferner auf dem mutmasslichen guten Willen des Schuldners, und endlich auf dem Rechtsschutz, der gegebenenfalls dem Gläubiger die Erzwingung seines Rechtes gewährleistet [2]).

Mehr wirtschaftlich definiert Lemke (5) den Kredit als «diejenige verkehrswirtschaftliche Erscheinung, die sich in der Überleitung von Vermögensteilen einer Wirtschaftsperson an eine andere Wirtschaftsperson zum Zwecke der Nutzung als Eigentum dortselbst im Vertrauen auf künftige Gegenleistung in gleichwertigen Gütern (im allgemeinen in Geld) äussert». Koch (3) versteht unter Kredit vom Standpunkt des Kreditgebers aus die Bereitschaft, vom Standpunkt des Kreditnehmers aus die Möglichkeit, einen Kreditvertrag, d. h. einen die Herbeiführung des Kreditgeschäfts bezweckenden Vertrag, abzuschliessen. Als Kreditgeschäft definiert er ferner die regelmässig entgeltliche, eigentümliche Überlassung von Leihkapital seitens des Gläubigers und die

[1]) Handwörterbuch der Betriebswirtschaft 3 915.
[2]) Handwörterbuch der Betriebswirtschaft 3 916.

Annahme des Kapitals seitens des Schuldners mit der Verpflichtung, es zu verzinsen und vereinbarungsgemäss zurückzuzahlen. Diesen Begriffsbestimmungen hat sich auch Leitner (222) vorbehaltlos angeschlossen.

Hinsichtlich der Unterscheidung der Kreditarten kann man sagen, dass aus der Verschiedenheit der Form, in der der Kredit gewährt wird, sich eine Verschiedenheit der Kreditgeschäfte ergibt. Georg Obst (*1* 173 ff.) teilt den Kredit und die Kreditgeschäfte nach folgenden vier, teils mehr wirtschaftlichen, teils mehr rechtlichen Gesichtspunkten ein:

1. nach der Person des Schuldners, in öffentlichen oder privaten Kredit,
2. nach der Dauer des Kreditgeschäftes, in kurzfristigen, terminierten oder unterminierten Kredit,
3. nach Art der Sicherstellung, in Personal- oder Realkredit,
4. nach dem Verwendungszweck der durch Kredit erlangten Güter, in Konsumtiv- oder Produktivkredit.

## III. Der Personalkredit.

Die für uns hier wichtige Unterscheidung ist diejenige nach der Art der Sicherstellung in Real- oder Personalkredit. Da wiederum ist es der Personalkredit, den wir einer näheren Betrachtung unterziehen müssen. Obst sagt, dass er gegeben werde im Vertrauen auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die Ehrlichkeit des Schuldners. Nach Leitner (4) ist der Personalkredit nicht besonders gedeckt, denn es wird kein Vermögensteil des Schuldners abgesondert. In Anlehnung daran kommt Lemke (9) zu folgender Definition: Personalkredit ist derjenige Kredit, der einer Wirtschaftsperson (Kreditnehmer) in Ansehen ihrer bekannten oder vertrauenerweckenden persönlichen Eigenschaften, die persönliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in besonderem Masse hervortreten lassen müssen, von einer andern Wirtschaftsperson (Kreditgeber) gewährt wird, und wobei zwecks

Sicherstellung die Loslösung eines oder mehrerer Vermögens teile des Kreditnehmers nicht beabsichtigt ist.

Wir unterscheiden drei Arten von Personalkredit:

*a)* der einfache Personalkredit oder Blankokredit,

*b)* der Bürgschaftskredit,

*c)* der Diskontokredit.

Der *Blankokredit* ist «derjenige Kredit, welcher ausschliesslich im Vertrauen auf die Ehrenhaftigkeit, die Tüchtigkeit des Kreditnehmers, im Hinblick auf die Höhe und die Zusammensetzung seines Vermögens und die allgemeinen Aussichten des Betriebes, welchem Geld geliehen werden soll, gewährt wird» [1]). Der seitens der Bank gegebene Kredit wird weder durch Pfänder, noch durch Dritte gesichert. Nur die Person des Kreditnehmers, nur eine Einzelwirtschaft haftet dafür mit ihrem gesamten Vermögen. Der Blankokredit wird meist als sehr sicher angesehen, da eine Bank nur dann solchen gewährt oder wenigstens gewähren sollte, wenn der Kreditnehmer in jeder Beziehung kreditwürdig und solvent erscheint. Dieser Kredit ist eher kurzfristig und dient als Betriebskredit. Solche Eigenschaften besitzt insbesondere der Saisonkredit. Er wird meist entweder in der Form eines einfachen Darlehens oder als Kontokorrentkredit gewährt. Bilanztechnisch ist der Blankokredit der reinste Typ des «ungedeckten» Kredites.

Der *Bürgschaftskredit* ist im Unterschied zum Blankokredit seiner Natur nach ein kollektiver Kredit. Er ist grundsätzlich [2]) Personalkredit, für den neben der kreditempfangenden Einzelwirtschaft eine weitere oder mehrere Einzelwirtschaften mit ihrem Vermögen haften. Ein kreditwürdiger Dritter stellt als Bürge seinen Namen und sein Vermögen einem andern zur Verfügung und zur Nutzung. Die Bank

[1]) *Zimmermann*, «Einiges über die Kreditgewährung durch die Handelsbanken» 4.

[2]) Bürgschaftskredit ist wirtschaftlich sehr oft gemischt Personal- und Realkredit, indem meist der Schuldner oder auch der Bürge den Bürgschaftsbetrag ausserdem ganz oder teilweise durch Pfänder sicherstellt.

prüft somit vor allem die Vermögensverhältnisse des Bürgen, die ihr aber allein für die Kreditgewährung nicht ausschlaggebend sind, denn auch die Qualitäten des Hauptschuldners dürfen nicht unberücksichtigt bleiben.

Historisch haben wir nach Lemke (193) den Ursprung des Bürgschaftskredites in Schottland zu suchen, wo diese Kreditart in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts als sogenannter «cash-credit» aufgekommen war.

Der Kredit gegen Bürgschaft wird zu wirtschaftlich sehr verschiedenen Zwecken gewährt, sowohl als Konsumtiv- als auch als Produktivkredit. Dabei ist die Form der Krediterteilung sehr mannigfach. Meist wird es sich um Kontokorrentkredite handeln, doch werden ebenso reine Diskonto- oder Akzeptkredite und einfache einmalige Darlehn verbürgt. Der Bürgschaftskredit wird bilanztechnisch zu den «gedeckten» Krediten gezählt[1]).

Als dritte Erscheinungsform des Personalkredites haben wir schliesslich noch den *Diskontokredit* genannt, der ebenfalls eine kollektive Kreditart darstellt. Für dessen Rückzahlung haften wiederum ausser der kreditempfangenden Einzelwirtschaft weitere Wirtschaften mit ihrem Vermögen, und zwar wechselrechtlich. Wir besprechen aber nicht an dieser Stelle den Diskontokredit näher, da dieser nicht nur eine höhere Unterscheidungsart des Personalkredites darstellt wie die beiden soeben erwähnten Blanko- und Bürgschaftskredite, sondern er ist zugleich eine besondere rein banktechnische Kreditform, ein einzelnes Bankkreditgeschäft.

---

[1]) In diesem Zusammenhange machen wir auf die etwas unklare Unterscheidung zwischen gedecktem und ungedecktem Kredit aufmerksam. Allgemein wird Realkredit als «gedeckt» und Personalkredit als «ungedeckt» bezeichnet. (Kaeferlein, Cohn, Buchwald u. a. m.) In der Bankpraxis hält man sich dagegen nicht an diese Kriterien, indem eben gerade Bürgschaftskredite zu den gedeckten Krediten gezählt werden. Unseres Erachtens äussert sich daher richtig Leitner (3), wenn er sagt, an sich solle jeder Kredit gedeckt sein, weil das gesamte Vermögen des Kreditschuldners allen Gläubigern für dessen Verbindlichkeiten haftet. Der Realkredit sei daher besonders, der Personalkredit nicht besonders gedeckt.

Wir werden aus diesem Grunde den Diskontokredit zusammen mit den andern gleichgeordneten Kreditformen, mit den einzelnen Bankgeschäften, die für unsere Abhandlung von Interesse sind, besprechen.

## IV. Darlehn und Krediteröffnungsvertrag.

Juristisch kommen für die bankmässige Kreditgewährung zwei Vertragsarten hauptsächlich in Betracht. Das ist einerseits der Darlehnsvertrag und anderseits der Krediteröffnungsvertrag.

Obgleich Wissenschaft und Rechtsprechung sich längst bemüht haben, den Begriff und die Natur des Krediteröffnungsvertrages abzuklären, stehen wir heute keineswegs einer geschlossenen Lehre gegenüber. Man glaubte früher, mit dem statischen Darlehnsbegriff allein auskommen zu können, doch erweist es sich als schlechthin unmöglich, den Kredit und die Kreditgeschäfte, als eine dynamische Erscheinung, in diesen einen starren Rahmen hineinzupressen [1]). Der Gegensatz des Darlehnsbegriffes zum Begriffe der Krediteröffnung ist leicht erkennbar.

Der Darlehnsvertrag schliesst eine einmalige Verpflichtung des Darleihers (Darlehnsversprechen) zur Hingabe meist einer Summe Geldes in sich, die vom Borger rückerstattet werden muss [2]). Beim Krediteröffnungsvertrag dagegen erschöpft sich die Verpflichtung des Kreditgebers nicht mit der einmaligen Hingabe einer Summe Geldes, sondern er muss den Kredit «offen» lassen. Nachdem der Kreditnehmer seine Schulden zurückbezahlt hat, kann er jederzeit, solange der Vertrag überhaupt gilt, den Kredit erneut benützen und vom Kreditgeber neue Vorschüsse innerhalb der Kreditlimite verlangen.

---

[1]) *Hans Fehr*, Recht und Wirklichkeit, Potsdam und Zürich 1928 100 ff.

[2]) *Aeschlimann*, Der Krediteröffnungsvertrag nach schweizerischem Recht 20 ff. *Margot*, Le Cautionnement du Compte de Crédit 12 ff. Man vgl. ferner Staub § 349 Anm. 63.

Es kommt oft vor, dass ein Darlehn in Teilbeträgen geleistet und ebenso wieder sukzessive abgetragen wird, doch erfolgt immer nur *eine* Hin- und Rückgabe der ganzen Darlehnssumme. Der Begriff des Krediteröffnungsvertrages schliesst aber ein *mehrmaliges* Hin- und Rückfluten einer Kreditsumme in sich. Man bezeichnet dieses Merkmal als den revolvierenden Charakter des Krediteröffnungsvertrages. Mit diesem Vertrag ist somit notwendig der Zeitbegriff verbunden, das Andauern eines gewissen Zustandes. Es handelt sich um ein auf die Dauer berechnetes Verhältnis. Ein Abkommen verliert den Charakter eines Krediteröffnungsvertrages, wenn ausbedungen wird, dass einmal abbezahlte Beträge nicht wieder abgehoben werden dürfen.

Die Rechtsnatur des Krediteröffnungsvertrages ist die eines Leistungsvertrages mit zum Teil später näher zu bestimmendem Inhalt. Er ist nicht blosser Vorvertrag [1]), denn er schliesst ein Kreditversprechen in sich. Die übernommene Verpflichtung geht nicht lediglich auf Abschluss künftiger Verträge, sondern der Kredit wird schon auf Grund dieses Vertrages geschuldet. Vertragsinhalt ist «die abstrakte Verpflichtung zur Kreditgewährung in der durch die gestaltungsberechtigte Partei von Fall zu Fall näher zu bestimmenden Form» [2]). Gestaltungsberechtigt ist der Kreditnehmer. Auf Grund des Vertrages steht ihm das Recht zu, durch einseitige Willenserklärung die konkrete Rechtsbeziehung zu gestalten durch Begründung einzelner im Vertragsrahmen vorgesehener Kreditgeschäfte [3]). Der Anspruch auf Kreditgewährung ist demnach einseitiger, gestaltungsbedürftiger und höchstpersönlicher Natur [4]). Letzteres ergibt sich allgemein aus dem oben erwähnten, den meisten Kreditgeschäften inliegenden Vertrauensmoment.

---

[1]) *Aeschlimann* 22, anderer Meinung *Oser* Art. 312 Bem. IV 6, 8.
[2]) *Aeschlimann* 24.
[3]) Daselbst 23.
[4]) *Margot* 18 ff., *Aeschlimann* 31 ff.

Wir finden über diesen Vertrag im schweizerischen Recht keine besonderen Bestimmungen. Im Gesetz wird aber immerhin in OR Art. 408 (Kreditauftrag) auf diese besondere Vertragsart aufmerksam gemacht, indem es heisst: «Hat jemand den Auftrag erhalten ... einem Dritten Kredit zu eröffnen...»

Auf den Krediteröffnungsvertrag sind zunächst die allgemeinen Bestimmungen des OR anwendbar. Oft werden aber diese allgemeinen Regeln nicht genügen bei der Prüfung einzelner Vertragspunkte. Es muss daher im speziellen Teile des OR eine analoge Vertragsart gefunden werden, an die eine Anlehnung gegeben scheint. Aus diesem Grunde hat man vergleichsweise versucht, den Inhalt des Krediteröffnungsvertrages als eine Kreditmiete darzustellen[1]). Gewisse der Miete ähnliche Verhältnisse sind bei vielen Kreditgeschäften tatsächlich vorhanden, doch wäre eine Subsumtion des Krediteröffnungsvertrages unter die Miete juristisch undenkbar, weil bei Barkrediten die Kreditsumme ins Eigentum des Borgers übergeht, die Mietsache dagegen nur Besitztum des Entlehnenden wird. Man hat ferner versucht, mit den Bestimmungen des Kaufvertrages und des Dienstvertrages zu operieren, was aber regelmässig zu komplizierten und künstlichen Konstruktionen führte [2]). Ein befriedigendes Ergebnis resultiert allein aus der Frage nach dem Endzweck des Krediteröffnungsvertrages und der im speziellen Teil des OR enthaltenen Verträge. Wirtschaftlicher Endzweck des Krediteröffnungsvertrages ist die Kreditgewährung. Denselben Zweck finden wir verwirklicht im Darlehensvertrag. Wir sind daher mit Aeschlimann (25) durchaus einverstanden, wenn er schreibt: «So wenig die Krediteröffnungsverträge unter den Darlehensvertrag subsumiert werden können, so naheliegend ist andererseits die sinngemässe Anwendung der für dieses Kreditgeschäft par

[1]) *Grünhut* in Endemanns Handbuch 933.

[2]) Man vgl. *O. Hauke,* Der Krediteröffnungsvertrag, Diss Breslau 1910.

excellence geltenden Grundsätze.» Es ist somit gegeben, die Bestimmungen über das Darlehn auf den Krediteröffnungsvertrag analog anzuwenden, soweit diese nicht gegen charakteristische Merkmale desselben verstossen.

Zweck und wesentlicher Inhalt des Krediteröffnungsvertrages ist, wie wir eben erwähnt haben, die Kreditgewährung. Zur Verwirklichung dieses Zweckes ist die weitere Abmachung notwendig, in welcher Form im einzelnen Falle die Bank diesen Kredit gewähren soll. In den meisten Fällen wird dafür die Form des Kontokredites oder Kontokorrentkredites gewählt, oft aber auch je nach Umständen diejenige des Diskonto-, Akzept- oder Avalkredites.

Technische Voraussetzung für die praktische Durchführung der eben besprochenen revolvierenden Natur des Krediteröffnungsvertrages bildet eine laufende Rechnung. Darin liegt der Grund der häufigen Verwechslung von Krediteröffnungsvertrag und Kontokorrent, worauf wir weiter unten nochmals zu sprechen kommen werden. Die fortwährende Inanspruchnahme des Kredites einerseits und die Rückzahlungen anderseits erfordern eine besondere Buchungsart. Die Bank führt daher regelmässig ein Konto mit Debet- und Kreditseite, worauf gestützt auch die vierteloder halbjährlichen Zinsberechnungen vorgenommen werden.

Der Krediteröffnungsvertrag ist formlos gültig. Oft schliessen daher die Banken keine ausdrücklichen derartigen Verträge mit ihren Kunden ab (auch aus fiskalischen Gründen), sondern geben mündlich oder schriftlich lediglich ihre Zustimmung zu einem Gesuch des Kreditnehmers auf Eröffnung eines Kredites von bestimmter Höhe. Wir finden auch die Kreditvertragsbestimmungen meist in den «Allgemeinen Kontokorrentbedingungen» der Banken niedergelegt, welche bei den schweizerischen Banken das Reglement für den gesamten Geschäftsverkehr einer Bank bilden [1]).

[1]) Die deutschen Banken verwenden dazu meist die Bezeichnung «Allgemeine Geschäftsbedingungen».

Besondere Erwähnung verdient hier die Klausel über das Rücktrittsrecht der Banken vom Krediteröffnungsvertrage. Diese lautet in der Regel folgendermassen: «Die Bank behält sich das Recht vor, bestehende Geschäftsverbindungen jederzeit aufzuheben, insbesondere auch erteilte Kredite zu annullieren und die Guthaben aus denselben ohne Kündigung einzufordern.» Es handelt sich hierbei um eine Ausdehnung des OR Art. 316, ferner um eine Ersetzung des OR Art. 318. Die Wirkungen dieser Klausel können für einen Kreditnehmer ausserordentlich gefährlich werden. Die Bank kann vielleicht in dem Augenblick den Kredit ihrem Kunden entziehen, wo dieser ihn gerade am nötigsten hätte, um über momentane Schwierigkeiten hinwegzukommen. Diese Abrede kann daher einen sehr weitgehenden Eingriff zur Folge haben, indem die Bank diese Massnahme treffen kann ohne Angabe eines Grundes. An der Zulässigkeit einer solchen Abmachung kann aber trotzdem nicht gezweifelt werden [1]). Man darf eben auch nicht vergessen, dass in Wirklichkeit sich jede Bank die Frage vorlegen muss, ob es ihr nicht mehr Vorteile bringen könnte, wenn sie den Kunden zu halten sucht, als wenn sie ihm plötzlich ihren Kredit entzieht und schon Geleistetes zurückfordert. Meistens wird eine Bank versuchen, gegen entsprechende Sicherheiten dem Kreditnehmer aus solchen finanziellen Schwierigkeiten herauszuhelfen, weil sehr oft für sie die daraus folgenden Vorteile die Nachteile überwiegen werden. Mit dieser Klausel will sich vor allem die Bank ihre Bewegungsfreiheit erhalten, wie wir ähnlich später noch vielfach in anderem Zusammenhange sehen werden.

Fraglich ist, ob diese Klausel auch gilt für einen Kredit, der auf einen festen Zeitraum gewährt wurde. Zimmermann verneint es, und zwar auf Grund der richtigen Überlegung, dass die in den allgemeinen Geschäftsbedingungen ent-

[1]) Man vergleiche die Ausführungen über die clausula rebus sic stantibus im Krediteröffnungsvertrag bei *Aeschlimann* 86 ff. und bei *Margot* 14 und 29.

haltene Klausel als lex generalis, die in der Korrespondenz niedergelegte Kreditfrist dagegen als lex specialis aufzufassen sei [1]).

In einzelnen Fällen treffen die Banken mit ihren Kunden auch besondere Abreden bezüglich der Intensität der Ausnützung eines eröffneten Kredites. Die Bank ist mit Vertragsabschluss verpflichtet, die Kreditsumme bereit zu halten. Ihr Entgelt, die Zinsforderung, wird aber erst begründet mit der Schuld des Kreditnehmers, durch die von der Bank auf Verlangen desselben geleisteten Vorschüsse. Dieser Entgelt des Kreditgebers (Zins) ist somit abhängig von den willkürlich getätigten Kreditgeschäften des Kreditnehmers. Man warf daher mit Recht die Frage auf, ob der Pflicht zur Bereithaltung des Kredites nicht auf der andern Seite eine Pflicht zur Ausnützung dieses Kredites gegenübersteht. Diese Frage wird namentlich von deutschen Juristen teilweise bejaht [2]). Allerdings wird dem Kreditgeber meist nur eine Feststellungsklage, keine Leistungsklage zugebilligt. Für das schweizerische Recht wird dagegen diese Frage allgemein verneint [3]). Allerdings könnte aus der analogen Anwendung der Bestimmungen über das Darlehn ein solcher Anspruch des Kreditgebers ohne weiteres aus OR Art. 315 abgeleitet werden. Doch widerspricht dies insofern dem Wesen des Krediteröffnungsvertrages, als eben ein Gestaltungsrecht des Kreditnehmers besteht, durch einseitige Willenserklärung im Vertragsrahmen beliebige konkrete Kreditgeschäfte zu schaffen [4]). Doch steht der Abrede zwischen der Bank und dem Kreditnehmer auf eine Bereithaltungsprovision oder auf eine bestimmte Umsetzungspflicht des eröffneten Kredites innerhalb eines gewissen Zeitraumes nichts im Wege.

---

[1]) *Zimmermann*, «Über die Allgemeinen Kontokorrentbedingungen der Banken» 12.

[2]) *Staub* 349 Anm. 63, *Regelsberger* in Jherings Jahrbuch *40* 477 ff., *Lehmann*, Lehrbuch des Handelsrechts 772.

[3]) *Fick* Art. 312 Note 4, *Oser* Art. 312 Bem. 6.

[4]) *Aeschlimann* 66 ff.

## V. Die äussern Formen des Krediteröffnungsvertrages.

Wir haben oben erwähnt, dass es zur Verwirklichung des Zweckes des Krediteröffnungsvertrages der Abmachung bedarf, in welcher konkreten Form im einzelnen Falle dieser Kredit gewährt werden soll. Es erweist sich somit als gegeben, diese einzelnen banktechnischen Kreditformen, die eigentlichen Kreditgeschäfte, hier zu untersuchen.

Juristisch wird zunächst unterschieden zwischen Krediten in Leistungsform und Krediten in Verpflichtungsform.

Kredite in Leistungsform sind der Kredit in laufender Rechnung, ferner der Wechsel- oder Diskontokredit. Das Wesentliche dieser Kreditgeschäfte ist, dass hier der Kreditgeber jeweilen auf den Kredit des Kreditnehmers eine Leistung vornimmt.

Bei den Krediten in Verpflichtungsform dagegen verpflichtet sich der Kreditgeber zugunsten des Kreditnehmers zu bedingten oder unbedingten Leistungen. Als solche Kreditgeschäfte nennen wir insbesondere den Akzept- und den Avalkredit.

### A. Kredite in Leistungsform.

#### *a) Der Kontokorrentkredit.*

Das Kontokorrentkreditgeschäft gilt als die wichtigste oder eigentliche normale Form der bankmässigen Kreditgewährung. Diese Form wird meist gewählt, wo es sich um mehr langfristige, d. h. über drei oder sechs Monate hinausgehende Kredite handelt und wobei meist kein zum voraus bestimmter Rückzahlungstermin besteht [1]). Der Kontokorrentkredit ist die günstigste Kreditform für Handel und Industrie, indem er die nötige Bewegungsfreiheit bietet, da er im Gegensatz zu andern Kreditformen gestattet, je nach Bedürfnis innerhalb der vertraglich abgemachten Grenzen Kredit in Anspruch zu nehmen. Er dient daher meist zur

[1]) *Kurz*, Die Grossbanken im schweizerischen Wirtschaftsleben 16 ff.

Erhöhung der Betriebsmittel oder zur Vergrösserung des Unternehmens [1]).

Umgekehrt ist für die Bank der Kontokorrentverkehr zwischen ihr und ihren Kunden eine Hauptquelle der im laufenden Geschäft zu verdienenden Provisionen und bildet zugleich die Grundlage der gegenseitigen Beziehungen [2]). Durch den Abschluss eines Krediteröffnungsvertrages mit ihrem Kunden möchte die Bank diesen dauernd an sich binden. Dies erreicht sie, indem sie einen zweiten, nebenherlaufenden Vertrag, einen Kontokorrentvertrag, eingeht. Beide Parteien bekunden im allgemeinen damit, in einen dauernden Kreditverkehr treten zu wollen und die im Vertrag festgelegten Geschäftsbedingungen zu beobachten [3]).

Versuchen wir kurz das Wesen des Kontokorrentvertrages zu erfassen. Wir verzichten dabei auf die Besprechung der verschiedenen Kontokorrenttheorien, die im Laufe der letzten rund hundert Jahre aufgestellt wurden, sondern wollen direkt auf Grund der neuesten Literatur die herrschende Meinung darzulegen versuchen.

Als Zweck des Kontokorrentes ist zu bezeichnen «die Vereinfachung der aus dem Geschäftsverkehr entstehenden Beziehungen und die Regelung der Rechtsgeschäfte, welche aus den Handelsverträgen entstehen durch Feststellung der gegenseitigen Ansprüche und durch Ersetzung der Vielheit derselben durch einen einzigen Forderungsposten [4])». Danach bringt der Vertrag an sich keine Verpflichtung zum Abschluss von Geschäften mit sich, denn das Kontokorrent hat keine selbständige Natur, sondern nimmt nur die Forderungen aus anderen Geschäften in sich auf. Es dient zur Vermeidung von Einzelzahlungen, indem diese als Posten im Kontokorrent eingesetzt werden, die während der Dauer der Kontokorrentperiode eine gleichartige Behandlung erfahren. Die gegen-

---

[1]) *Kurz-Bachmann* 48.
[2]) *Riesser* 221.
[3]) *Lemke* 334.
[4]) *Celebonovits* 56.

seitigen Schulden und Forderungen werden fortlaufend verrechnet, und nur die sich schliesslich ergebende Differenz wird bezahlt.

Durch die Feststellung und Anerkennung des Saldos werden die bisherigen Einzelforderungen getilgt und es tritt an Stelle dieser eine neue Forderung anderer Art: Nämlich das Guthaben aus dem festgestellten Saldo, wobei die einzelnen Posten nicht als schuldbegründend oder schuldtilgend, sondern lediglich als Posten der Debet- und Kreditseite zu betrachten sind, so dass allein dem durch die periodische Verrechnung festgestellten Überschuss, dem Saldo, schuldbegründende Bedeutung zukommt [1]).

Die juristischen Eigenheiten des Kontokorrentvertrages sind demnach die, dass am Schlusse der Rechnungsperiode, mit der Ziehung und Anerkennung des Saldos, die im Kontokorrent eingesetzten Posten noviert werden (OR Art. 117 Abs. 2) [2]). Die beiderseitigen Leistungen gelten ferner bis zu diesem Zeitpunkt als gestundet. Die logische Folge dieser neuernden Wirkung ist somit eine Einheitlichkeit und Unteilbarkeit des Saldos [3]). Mit dieser Eigenschaft des Saldos werden wir uns später im Zusammenhange mit besonderen Rechtsfragen zu befassen haben.

Sehr oft wird der Kontokorrentvertrag und der Krediteröffnungsvertrag als ein und derselbe Vertrag angesehen, was wir schon früher erwähnt haben, wobei als Wesen des Kontokorrentes eine gegenseitige Kreditgewährung bezeichnet wird. Dieser Auffassung ist auch das Bundesgericht. In einem Entscheide [4]) aus dem Jahre 1910 verneint es das Vorliegen eines Kontokorrentvertrages, weil im betreffenden Falle eine Bank auf Grund eines aktiven Kreditgeschäftes während der ganzen Dauer des Vertragsverhältnisses immer

---

[1]) *Staub* § 355 Anm. 1 I *a*.

[2]) Wobei aber das Gesetz in Abs. 3 desselben Artikels für die Nebenrechte Sonderbestimmungen aufstellt.

[3]) *Margot* 41.

[4]) BGE *26* 2 533.

Gläubiger und der Kreditnehmer immer Schuldner blieb. Das Gericht ist der Meinung, dass der Kontokorrentvertrag das Bestehen gegenseitiger Schulden und Forderungen zwischen den Vertragsparteien voraussetzt, was nach jenem Tatbestand daher nicht der Fall war. Es nahm daher an, dass es sich um ein einfaches Darlehn in «laufender Rechnung» handelte, welches in einzelnen Raten bezogen und ebenso in einzelnen Raten zurückbezahlt werden konnte. Dabei führte die Bank bei der Abwicklung dieses Geschäftes nach den Grundsätzen der kaufmännischen Buchführung, nach Art der Kontokorrentrechnung, eine «laufende», d. h. zusammenhängende Rechnung.

Dieser Entscheid wird auch von Margot (36) kritisiert, der mit Recht auf eine gewisse Verwechslung hinweist, die hier gemacht wird, indem die gegenseitigen Schulden und Forderungen, d. h. die gegenseitigen Zahlungsposten und die gegenseitige Kreditgewährung, als ein und dasselbe verstanden werden.

Unserer Auffassung nach hält sich das Bundesgericht zu sehr an die deutsche Praxis. Wir haben bekanntlich in Deutschland eine viel weiter gehende Kodifizierung des Kontokorrentrechtes als in der Schweiz. Dabei wurden gewisse starre Begriffe geschaffen, die dem sich stets fortentwickelnden Geschäftsverkehr eigentlich entgegenstanden. Somit haben wir die Erscheinung, dass das reine aktive wie passive Kontokorrentkreditgeschäft der Banken nicht völlig in den Begriff des HGB § 355 hineinpasst. Das Bundesgericht stützte sich beim damaligen Entscheide auf den Kommentar von Staub. Es ist nun aber interessant, was in der letzten Ausgabe dieses Werkes zu dieser Frage bemerkt wird [1]).

Das Wesen des Kontokorrentvertrages könne einmal nicht in der gegenseitigen Kreditgewährung erblickt werden. Ferner könne man die im HGB § 355 als begriffswesentlich verlangten «beiderseitigen Ansprüche und Leistungen» ja auch dahin auslegen, dass nur auf einer Seite Ansprüche oder nur

[1]) Staub § 355 Anm. 7 und 7 *b*.

auf einer Seite Leistungen vorhanden zu sein brauchen. Deshalb nehme eine Geschäftsverbindung, in der eine Partei nur kreditiert, die andere nur tilgt, den Charakter eines echten Kontokorrentes an, wenn nach dem übereinstimmenden Willen beider Parteien die einzelnen Leistungen nur eine rechtlich untrennbare Verbindung von Rechnungsfaktoren für ein in regelmässigen Abständen zu ermittelndes Gesamtergebnis, den Saldo, sein sollen. Wir führen endlich einen uns besonders bemerkenswert erscheinenden Satz wörtlich an: «Im Bankverkehr ist es hergebracht, dass die Bank Kredit gewährt, den ihr zur Sicherheit übergebenen Wertpapieren die Zins- oder Dividendenscheine abtrennt und dem Kunden auf der einen Seite gutbringt wie Abschlagszahlungen und ihn auf der andern Seite mit dem Kreditbetrag, Zinsen, Spesen und Provisionen belastet, und dem Kunden halbjährlich Rechnungsauszug zuschickt; das ist ein dem eigentlichen Kontokorrent ähnliches und wie dieses zu behandelndes Verhältnis.»

Es scheint uns unbefriedigend, wenn von einem solchen Vertrag einerseits gesagt wird, dass er nicht der vom Gesetz umschriebenen Vertragsart entspreche, ihr jedoch so ähnlich sei, dass er gleichwohl wie diese behandelt werden müsse.

Wir sind in der Schweiz in der glücklichen Lage, in dieser Materie an keine starren, im Gesetz festgelegten Begriffe gebunden zu sein. Sowohl die Gerichtspraxis als auch die Rechtswissenschaft können daher die vom Verkehr geschaffenen lebendigen Vertragstypen ohne weiteres anerkennen. Diese eher künstlich anmutenden und daher nicht sehr befriedigenden Wege, wie sie in Deutschland gezwungenermassen eingeschlagen werden müssen, können wir daher vermeiden.

Es bleibt uns schliesslich nur noch übrig, die einzelnen Funktionen des Kontokorrentkredites festzulegen.

Riesser (221) bezeichnet die Bank im Kontokorrentverkehr einmal als «Mädchen für alles», das im Geschäftshaushalt des Kunden tausend Dienste gegen geringe Ver-

gütung zu leisten habe. Dieser originelle Vergleich ist begründet, denn die Aufgaben des von der Bank in laufender Rechnung gewährten Kredites sind tatsächlich sehr mannigfacher Natur. Innerhalb der Kreditlimite leistet zunächst die Bank dem Kunden beliebige Barvorschüsse. Oft baut der Kreditnehmer seine Beziehungen so aus, dass sein gesamter Zahlungsverkehr durch die Bank besorgt wird. Dabei kann der Kreditnehmer mit der Bank verabreden, dass er auch Wechsel auf sie ziehen kann, was wir im einzelnen als Akzeptkreditgeschäft bezeichnen. Die Bank nimmt ferner innerhalb des Kontokorrentverhältnisses vom Kreditnehmer auch Wechsel zum Diskont.

Lemke (335) bemerkt richtig, dass man häufig in der Literatur einzelne Kreditformen, z. B. den Akzeptkredit dem Kontokorrentkredit gegenübergestellt findet. Dadurch ist man geneigt anzunehmen, dass der Kontokorrentkredit und der Akzeptkredit jeder einen eigenen Typ darstellen. Dem sei aber nicht so, schreibt Lemke. Der Kontokorrentkredit ist keineswegs eine besondere Kreditform, sondern eine sich im Laufe der Zeit herausgebildete banktechnische Rechnungsform oder Geschäftsform, die auf Grund bestimmter Vereinbarungen in Erscheinung tritt. Er will unter der Bezeichnung Kontokorrentkredit einen äusseren Rahmen verstehen, in den die verschiedenen Kreditgeschäfte eingespannt werden. Ein solcher Kredit kann in bar, als Diskontokredit oder in Akzeptform gewährt werden.

Diese Darstellung entspricht im allgemeinen den tatsächlichen Verhältnissen. Nur kann man dadurch leicht das Vorkommen von reinen Diskonto- und Akzeptkrediten ausserhalb des Rahmens eines Kontokorrentkredites übersehen. So werden oft auch gerade solche Kredite verbürgt, wobei der Bürge da, wo er beispielsweise einen reinen Diskontokredit verbürgt, verlangen kann, dass nur wirkliche Diskontgeschäfte getätigt werden.

Wir halten also ausdrücklich fest, dass Diskonto- und Akzeptgeschäfte keineswegs über den Rahmen eines Konto-

korrentkredites hinausgehen, dass aber dagegen ein Diskontokredit nur Diskontgeschäfte und ein Akzeptkredit nur Akzeptgeschäfte in sich schliessen darf.

### *b) Der Diskontokredit.*

Als zweites bankmässiges Kreditgeschäft untersuchen wir in der Folge das Diskontokreditgeschäft als reine Kreditart in Leistungsform. Das Wesentliche des Diskontokredites haben wir auf Seite 7 darin erblickt, dass für dessen Rückzahlung ausser der kreditempfangenden Einzelwirtschaft eine oder mehrere weitere Wirtschaften mit ihrem Vermögen, und zwar wechselrechtlich, haften. Er ist daher als Kollektivkredit zu bezeichnen.

Hauptrolle beim Diskontokredit spielt somit der Wechsel, der als solcher das typische Instrument des reinen Personalkredites darstellt [1]). Der Wechsel ist ein Wertpapier, welches allgemein durch einseitigen Skripturakt des Ausstellers in einer vom Gesetz bestimmten Form entsteht und ein abstraktes Zahlungsversprechen enthält [2]).

Unter Diskont im weitesten Sinne versteht man den Kauf einer Forderung. Im Bankverkehr wird aber unter Diskontgeschäft meist die entgeltliche Erwerbung eines Wertpapieres verstanden, dessen Kaufpreis durch eine nach Prozenten und Zeit sich bestimmende Rechnung festgestellt wird [3]).

Wirtschaftlich wird gegen Hingabe des schriftlichen Zahlungsversprechens einer dritten Person ein kurzfristiges Darlehn gegeben, für welches jedoch die Zinsen zum voraus bezahlt werden [4]).

Für die Bank bildet im allgemeinen der Diskontokredit hinsichtlich Sicherheit und Liquidität, als Ankauf von ge-

[1]) *Lemke* 253.

[2]) *Koch* 120.

[3]) Dabei behalten sich die Banken das Recht vor, unter Protest mangels Zahlung gehende Wechsel sofort auf Konto des Diskontanten zu belasten.

[4]) *Leitner* 225.

wöhnlich innert drei Monaten fälligen Wechseln, das geeignetste Aktivgeschäft [1]). Auf der andern Seite erhält beispielsweise ein Unternehmer durch die Diskontierung, d. h. durch die Mobilisierung des Wechselbetrages flüssige Mittel, um den Produktionsprozess fortzusetzen. Der Kapitalumschlag erfährt somit durch die Diskontierung eine starke Beschleunigung [2]).

Es liegt im Bestreben eines Kreditinstitutes, möglichst solche Wechsel zum Diskont zu erwerben, die hinsichtlich Unterschriften und Laufzeit «nationalbankfähig» sind, dass eine allfällige Rediskontierung beim zentralen Noteninstitut vorgenommen werden kann [3]). Gesuchtes Wechselmaterial bilden daher vor allem die Akzepte erster Banken, die sogenannten «prima Bankakzepte». In der Schweiz sind dies namentlich die Akzepte der Grossbanken und der Kantonalbanken. Ferner sind die Wechsel erster Industrie- und Handelsfirmen beliebtes Diskontomaterial. Bei diesen kommerziellen Wechseln ist es zumeist weniger schwierig, den wirtschaftlichen Zweck herauszulesen als bei den Bankakzepten, die vielleicht trotz ihrer kurzen Laufzeit in Wahrheit sogenannte Finanzwechsel darstellen. Darunter versteht man allgemein Wechselziehungen zum Zwecke der Geldbeschaffung im Bankverkehr, sei es zu Spekulationszwecken oder zu langfristiger Krediteröffnung, wobei zur Mobilisierung dieser Kredite wiederholt kurzfristige Wechsel ausgestellt werden.

Wie wir schon erwähnt haben, verlangen die Banken gelegentlich auch bei Eröffnung eines Diskontokredites, dass der Kreditbetrag noch verbürgt wird. In diesem Falle besteht eine doppelte Kreditsicherheit: die wechselrechtliche, die in der Natur des Diskontogeschäftes liegt, und die Bürgschaft für die Summe der diskontierten Wechsel.

---

[1]) Handw. der Staatswissenschaften, 4. Aufl. *2* 132.
[2]) *Kurz-Bachmann* 80.
[3]) *Kurz-Bachmann* 86.

## B. Kredite in Verpflichtungsform.

### *a) Der Akzeptkredit.*

Gewissermassen die Ergänzung des Diskontokredites bildet wirtschaftlich der *Akzeptkredit*. Beim Akzeptkreditgeschäft ermöglicht die Bank einem Kunden die Geldbeschaffung in der Weise, dass sie ihm ihr Akzept zur Verfügung stellt, welches er bei einer andern Bank zum Diskont geben kann. Die Bank, welche einem Kunden solchen Kredit eröffnet, verleiht diesem nicht bares Geld, sondern überlässt ihm ihren eigenen Kredit zur Nutzung innerhalb bestimmter Grenzen durch wechselrechtliche Zahlungsversprechen.

Der Akzeptkredit ist für den Kreditnehmer oft billiger als der dauernde Vorschuss in Kontokorrent. Er hat hiefür der Bank als Entgelt nur eine Akzeptprovision zu entrichten[1]). Das Bankakzept tritt heute auch immer mehr an Stelle des sogenannten Warenakzeptes, da jenes allgemein zu weit günstigeren Bedingungen diskontiert werden kann als dieses und sich eben einer besonderen Beliebtheit am Diskontomarkt erfreut. Riesser (233) geht so weit, dass er es als ein Zeichen einer noch unentwickelten wirtschaftlichen Organisation ansieht, wenn die Gewerbetreibenden ihrerseits die direkten Träger des Kreditverkehrs sind und damit auch allein dessen Risiko tragen. Er rechnet, dass seit sehr langer Zeit in Deutschland beinahe regelmässig fast ein Drittel der Kontokorrentkredite der Banken durch Akzepte in Anspruch genommen worden sind.

Doch warnt man aber auch die Banken vor einer zu liberalen Gewährung von Akzeptkrediten, da diese eben in Krisenzeiten einem Kreditinstitut schwere Belastungen bringen können [2]).

---

[1]) Dazu ist natürlich noch der Zinsabzug, der von der diskontierenden Bank gemacht wird, hinzuzurechnen, der aber, da es sich nun eben um ein Bankakzept handelt, meist billig sein wird.

[2]) *Zimmermann*, Einiges über die Kreditgewährung durch die Handelsbanken 36, *Kurz-Bachmann* 76, *Lemke* 295 u. a. m.

Eine grosse Rolle spielt der Akzeptkredit im überseeischen Warengeschäft. Der Exporteur möchte möglichst rasch für seine Ware Bezahlung erhalten und sie insbesondere erst nach Zahlung herausgeben, wogegen der Importeur baldigst in Besitz der Ware zu gelangen wünscht und deren Bezahlung hinausschieben möchte, um sich das Geld hiefür ganz oder teilweise durch den Verkauf der Ware beschaffen zu können. Somit kommen beide Teile überein, die Konnossemente, welche als Traditionspapiere die Ware verkörpern, einer Bank, der sogannten Remboursbank, gegen deren Akzept für Rechnung des Importeurs auszuhändigen [1]).

Unter Rembourskredit, den Kurz-Bachmann (72) als die idealste Form des Bankakzeptes bezeichnen, wird deshalb die Inanspruchnahme und Gewährung eines Bankakzeptkredites zur Bezahlung einer überseeischen Warenschuld verstanden, wobei der Kredit durch die Ware selbst vermittels Traditionspapier sichergestellt wird. Die Bank eröffnet somit dem Importeur einen Kredit, wobei dieser den Exporteur ermächtigt, Wechsel in der Höhe der Kaufpreissumme auf die kreditierende Bank zu ziehen.

Der Akzeptkredit ist nach der Natur seiner einzelnen Geschäfte kurzfristig. Trotzdem wird er vielfach als dauernder Betriebskredit an Stelle von eigentlichen Kontokorrentkrediten gewählt, wobei als Deckung nebst Pfandbestellungen eben auch Bürgschaften in Betracht kommen [2]).

*b) Der Aval- oder Kautionskredit.*

Dieses Geschäft ist für uns insoweit von Interesse, weil die Bank hier die Rolle des Bürgen übernimmt und der eigentliche Kreditgeber eine andere Wirtschaftsperson, meist eine Amtsstelle, ist (Zoll-, Eisenbahnverwaltung, Gemeindeverwaltungen etc.).

---

[1]) *Koch* 130 ff.

[2]) Die Sicherstellung durch Bürgschaft ist in diesem Falle zwar seltener und aus banktechnischen Gründen weniger beliebt.

In der Literatur wird dieser Kreditart eine Sonderstellung eingeräumt[1]), weil hier nicht eine Übertragung von Kapital stattfindet, sondern es handelt sich hier um einen eigentlichen Stundungskredit. Die Banken kommen gelegentlich in die Lage, Garantie zu leisten für z. B. einen Bauunternehmer, auf vertragsgemässe Ausführung öffentlicher Bauten, oder es leisten die Banken auch Sicherheit für gestundete Fracht- und Zollbeträge.

Diese Garantien werden von den Banken entweder durch Hinterlegung ihres Akzeptes, meist aber durch Übernahme von Bürgschaftsverpflichtungen geleistet. Die schweizerischen Banken verpflichten sich regelmässig nur in Form der einfachen Bürgschaft, im Gegensatz zu den deutschen Banken, die kraft Gesetzesbestimmung als Vollkaufleute Solidarbürgschaften übernehmen müssen (HGB § 349). Solche Verträge werden in der denkbar einfachsten Form aufgestellt und bieten daher in keiner Weise ein besonderes juristisches Interesse.

§ 2.

## Das Wesen der Bürgschaft.

### I. Begriff und Arten.

Der Bürgschaftsvertrag ist ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag. Er wird abgeschlossen zwischen einem oder mehreren Bürgen und dem Gläubiger einer Drittschuld.

Zweck der Bürgschaft ist die Sicherung einer Forderung, oder anders die Verstärkung einer fremden Schuld [2]). Das Gesetz umschreibt in OR Art. 492 die Bürgschaftsverpflichtung als «einstehen» für die Erfüllung der Schuld eines Dritten.

[1]) *Leitner* 412 ff., *Lemke* 320 ff.

[2]) *Oser* Art. 492 Bem. 3, *Schulthess* ZSchwR *44* 68: «Der Sicherungszweck ist der Bürgschaft inhärent und begriffswesentlich. Ohne Sicherung keine Bürgschaft.»

Inhalt der Verpflichtung ist demnach die Haftungsübernahme für eine fremde Schuld [1]). Trotzdem handelt es sich nicht um ein reines Haftungsverhältnis, denn schon nach Gesetz «*verpflichtet*» sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger zu einem «Einstehen», woraus abgeleitet werden darf, dass die Bürgschaft noch speziell als Schuldverhältnis bezeichnet wird [2]).

Der Inhalt der Bürgenschuld ist also das Einstehen dafür, dass der Hauptschuldner leistet. Diese Schuld ist aber bedingt, denn dieses Leistensollen steht nicht von vornherein fest [3]). Es ist nicht in der Absicht des Bürgen, unter allen Umständen eine Leistung zu erbringen. Seine Hoffnung geht vielmehr gerade nicht dahin. Sein Wille ist nur ein Gefahrtragen. Aus diesem Grunde ist die Bürgschaft auch besonders gefährlich, weil die Eingehung regelmässig in der Erwartung erfolgt, dass der Hauptschuldner seiner Verpflichtung selbst nachkommen werde, man ihm also ohne Schaden gefällig sein könne [4]).

Der Bürge ist Neben- und Fremdschuldner, denn er ist nicht Schuldner der Hauptverbindlichkeit, er steht dieser vielmehr fremd gegenüber [5]). Nicht nur formell, sondern eigentlich auch materiell ist seine Schuld eine selbständige, indem sie weder in bezug auf den Schuldgrund, noch in bezug auf den Schuldinhalt mit der Hauptverbindlichkeit übereinstimmt [6]).

In der Literatur wird vielfach die Auffassung vertreten, dass sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger zu Schaden-

[1]) *v. Gierke,* Deutsches Privatrecht *3* 769.

[2]) *Thalmann* 25: «Durch jede Haftungsbegründung wird zugleich der Keim gelegt zu einem Leistensollen.» *Schulthess* 68 ff.

[3]) *Reichel,* Die Schuldmitübernahme 74. *Thalmann* 29.

[4]) *Enneccerus,* Recht der Schuldverhältnisse 546.

[5]) *Reichel* daselbst.

[6]) *Schulthess* 77, anderer Meinung *Gadmer* (21 ff.), denn man definiere damit die Bürgschaft gleich wie die Solidarschuldverhältnisse. Der Bürge zahle vielmehr eine formell eigene, materiell jedoch fremde Schuld.

ersatz verpflichte[1]). Thalmann (32) hält dem die Tatsache entgegen, dass die Befriedigung durch den Bürgen in einem Zeitpunkt erfolgen könne, wo der Gläubiger noch von keinem Schaden betroffen worden ist. So ist bei Fälligkeit der Hauptschuld der Gläubiger berechtigt, sofort vom Solidarbürgen Zahlung zu verlangen, ohne dass er den Nachweis eines eingetretenen Schadens zu erbringen hat. Man müsste sonst daraus eigentlich schliessen, dass Solidarbürgschaft demnach nicht echte Bürgschaft sei. Dieser Satz — Bürgenleistung gleich Schadenersatz — scheint daher einer Kritik nicht standhalten zu können.

Der Bürgschaft wesentlichstes Merkmal ist die Akzessorität. Die Voraussetzung jeder Bürgschaft bildet eine zu Recht bestehende Hauptschuld (OR Art. 494 Abs. 1). Die Akzessorität ist eine logische Folge des Sicherungszweckes.

Das Gesetz lässt Ausnahmen zu diesem Grundsatze nur zu, wo solche praktisch völlig unerlässlich sind oder wo der Schutz des Bürgen solche Massnahmen erfordert. Eine Ausnahme zum Akzessoritätsprinzip liegt aber nicht vor im Falle von OR Art. 494 Abs. 3 [2]), denn dort haben wir nicht mehr eine Bürgschafts-, sondern eine Garantieverpflichtung nach Art. 111 vor uns[3]). Desgleichen enthält Abs. 2 desselben Artikels keine solche Ausnahme. Diese Bestimmung ist für uns insoweit besonders wichtig, weil sich die meisten Bürgschaftsverträge im Bankverkehr darauf stützen. Sie bildet ferner die Grundlage für die Amts- und Dienstbürgschaft. Sie lautet wörtlich: «Für den Fall, dass die Hauptschuld wirksam werde, kann die Bürgschaft auch für eine künftige oder bedingte Schuld eingegangen werden.» Die

---

[1]) *Isay*, Jherings Jahrbuch *48* 187, *Siber* daselbst *50* 55, *Gadmer* 23, *Schulthess* 72 ff.

[2]) OR Art. 494 Abs. 3: «Die Schuld aus einem wegen Irrtums oder wegen Vertragsunfähigkeit für den Hauptschuldner unverbindlichen Vertrage kann gültig verbürgt werden, wenn der Bürge bei Eingehung seiner Verpflichtung den auf seiten des Hauptschuldners vorhandenen Mangel kennt.»

[3]) *Oser* Art. 494, *Fick* daselbst, *Gadmer* 35, *Schulthess* 81.

Bürgschaft ist hier vorerst bei ihrer Eingehung in einem Schwebezustand, der in dem Augenblick aufhört, wo der Kredit vom Hauptschuldner ganz oder teilweise in Anspruch genommen wird. Der Bürge ist aber auch schon in diesem latenten Zustande an seine Verpflichtung gebunden. Er kann nicht mehr widerrufen. Anders ist nur, dass seine Leistungspflicht in einem späteren Zeitpunkt entsteht [1]). Derselbe Zustand kann später während der Dauer des Verhältnisses wiederum eintreten, wenn bei Vorliegen eines Krediteröffnungsvertrages zwischen der Bank und dem Hauptschuldner vorübergehend sämtliche Schulden getilgt sind.

Die drei wesentlichen Ausnahmen zum Akzessoritätsprinzip sind jedoch folgende:

1. In OR Art. 117 wird bestimmt, dass trotz der Annahme des Eintretens einer Neuerung bei Ziehung und Anerkennung eines Kontokorrentsaldos die für einzelne Posten bestehenden Sicherheiten, worunter namentlich auch Bürgschaften fallen, nicht aufgehoben werden. Diese Regelung ist ohne weiteres zu begründen mit dem allgemeinen Erfordernis nach Rechtssicherheit.

2. Die Haftungssumme des Bürgen wächst mit der Hauptschuld nur bis zu dem nach Gesetz im Vertrage anzugebenden Höchstbetrag der Haftung (Art. 493).

3. Es ist nicht notwendig, dass Erfüllungsort und Gerichtsstand des Bürgschaftsvertrages dieselben sind wie im Hauptvertrag.

Neben der Akzessorität ist wesentliches Merkmal der einfachen Bürgschaft die Subsidiarität. Der Verzicht auf die Subsidiarität begründet die Solidarbürgschaftsverhältnisse, die Art der Bürgschaft, welche in der Praxis weitaus am meisten vorkommt. Dieser Verzicht gibt in der Literatur [2])

---

[1]) *Staub* HGB § 349 Anm. 31.

[2]) *Schulthess* 94 ff. sieht in der Subsidiarität die «Akzessorität in zeitlicher Hinsicht», die der Bürgschaft als solcher begriffswesentlich sei. Man vgl. auch *Reichel* 80 ff.

vielfach Anlass zu gewissen Bedenken. Die gänzliche Ablehnung der Subsidiarität in der Solidarbürgschaft bringt vielleicht die Gefahr näher, dass diese eher mit der kumulativen Schuldübernahme verwechselt wird, worauf wir weiter unten noch zurückkommen werden. Es ist aus diesem Grunde zu begreifen, wenn Reichel sagt (81), dass trotz eines Verzichtes auf die Vorausklage ein anständiger Gläubiger der bloss eventuellen Haftung des Bürgen eingedenk bleibe und zuvor den Hauptschuldner anspreche. Auch Oser [1]), obgleich er den Satz vorausstellt, dass bei einem Verzicht auf die Vorausklage die Bürgschaft zwar ihren akzessorischen Charakter behalte, aber die Subsidiarität verliere, meint, Anstand und gute Sitte würden verlangen, dass der Gläubiger auch bei der Solidarbürgschaft sich vorerst an den Hauptschuldner halte. Allein es scheint uns hier doch zu sehr nur auf Gefühlsmässiges abgestellt zu werden. Wir haben gesehen, dass eine Bank aus verschiedenen Gründen gezwungen sein kann, sofort und zuerst den Bürgen zu belangen. Sie ist auch ohne weiteres nach Treu und Glauben zu diesem Vorgehen berechtigt, denn der Bürge hat gerade dieses ausdrücklich bei Eingehung seiner Verpflichtung mit der Bank verabredet. Eine solche schattenhafte Weiterexistenz der Subsidiarität in der Solidarbürgschaft muss abgelehnt werden.

Das Gesetz zählt insgesamt fünf Arten der Bürgschaft auf. Nebst der einfachen und der Solidarbürgschaft, deren Merkmale wir eben kurz erwähnt haben, kennt unser Obligationenrecht die Mitbürgschaft, ferner die Nach- und Rückbürgschaft. Diese zwei letztern Arten sind für unsere Abhandlung nur von geringem Interesse. Dafür werden wir später bei Prüfung spezieller Fragen die Verhältnisse der Bank zu einer Mehrheit von Bürgen da und dort berücksichtigen müssen.

Unbekannt ist dem schweizerischen Recht die Schadlosbürgschaft, was aber deren Gültigkeit nicht beeinträchtigt.

[1]) Art. 496 Bem. *3 a.*

Dagegen kommt diese Art der Bürgschaft ziemlich oft vor in Deutschland. Im deutschen Bankverkehr ist besonders bekannt die Selbstschuld-Ausfallbürgschaft, die eine Abart der Schadlosbürgschaft darstellt [1]). Die Schadlosbürgschaft wird als eine abgeschwächte Form der einfachen Bürgschaft angesehen. Eine solche kann beispielsweise vorliegen, wo ein allfälliger Ausfall an einer hypothekarisch gesicherten Forderung verbürgt wird, wo der Bürge einstehen will für einen drohenden Mindererlös der Pfandsache. Im schweizerischen Bankverkehr kommt die Schadlosbürgschaft nur selten vor. Wir sehen daher von einer weiteren Besprechung derselben ab und lassen auch die Frage offen, ob hier die Bestimmungen über die Bürgschaft anwendbar sind oder ob diese Verpflichtung nicht unter OR Art. 111 fällt, da nicht eine Hauptschuld im gleichen Sinne wie bei den übrigen Bürgschaftsarten vorliegt, wodurch das Akzessoritätsprinzip verletzt wird.

## II. Bürgschaftsähnliche oder verwandte Verträge.

Es handelt sich hier um einen Fragenkomplex, der rechtsdogmatisch heute durchaus nicht abgeklärt ist. Der dieser Arbeit gegebene Rahmen verbietet aber eine ausführliche Erörterung dieser Materie. Wir heben daher nur die wesentlichen Ergebnisse der in der Literatur vorliegenden Untersuchungen hervor.

Am meisten Schwierigkeiten bietet wohl die Abgrenzung zwischen der kumulativen Schuldübernahme (Kumulativinterzession, Schuldmitübernahme, Schuldbeitritt) und der Solidarbürgschaft. Wir bemerken zunächst, dass in der Rechtsprechung während langer Zeit sich eine gewisse Unsicherheit geltend machte bei der Beurteilung solcher Verhältnisse. So liegen zwei Urteile des Reichsgerichtes vor, deren Erwägungen zum mindesten als unklar bezeichnet

[1]) *E. Haarmann*, Die Selbstschuld-Ausfallbürgschaft des Bankiers. Diss Leipzig 1907.

werden müssen und daher zu vielen Missverständnissen Anlass gaben [1]). Auch das Bundesgericht liess einmal die Frage nach der Abgrenzung offen [2]), hat dann aber doch in einem späteren Entscheide besonders darauf aufmerksam gemacht, dass eben die Bürgschaft im Gegensatz zur Schuldmitübernahme strengen Formvorschriften unterstellt sei [3]). Schliesslich hat sich aber auch das Reichsgericht deutlich dahin ausgesprochen, dass es neben der Selbstschuldbürgschaft auch das Institut der kumulativen Schuldübernahme gebe.

Reichel, dem wir nebst Westerkamp die eingehendste Untersuchung in dieser Richtung verdanken, schreibt wörtlich: «Es gibt eine Mitübernahme mit Bürgschaftscharakter ebensowenig als eine Bürgschaft mit Gesamtschuldcharakter [4]).» Damit soll ausgedrückt werden, dass die Kreise der Mitübernahme und der Bürgschaft sich nicht überdecken können und dass es niemals auch nur einen einzigen bis zur Eindeutigkeit differenzierten Tatbestand geben kann, der zugleich Mitübernahme und Bürgschaft enthält [5]).

Der Solidarschuldner ist Mitschuldner. Er schuldet dieselbe gleichartige, homogene Leistung wie der Urschuldner. Seine Schuld ist gleichwertig neben der des andern [6]). Er ist gewöhnlicher Schuldner, d. h. er wird von vornherein und unter allen Umständen als solcher behandelt. Der Mitschuldner tritt ferner in die Schuld des Urschuldners selbst

---

[1]) RG *59* 232, *64* 318.

[2]) BGE *39* [2] 771: Wir lesen dort folgenden Satz: «Die grundsätzliche Frage, ob die sogenannte kumulative Schuldübernahme oder „Schuldmitübernahme" als selbständiges Rechtsinstitut neben der Bürgschaft anzuerkennen sei und daher der für die Bürgschaft geforderten schriftlichen Vertragsform nicht bedürfe oder ob die kumulative Schuldübernahme mit der sogenannten Solidarbürgschaft identisch sei und daher, wie diese, nur durch eine schriftliche Erklärung des Bürgen zustande kommen könne, braucht anlässlich des vorliegenden Falles nicht entschieden zu werden.»

[3]) BGE *40* [2] 402.

[4]) *Reichel* 201.

[5]) Anderer Ansicht: *Scherrer, Planck, Liebe, Endemann, Vischer* u. a. m.

[6]) *Reichel* 86, *v. Tuhr 2* 685.

ein. Er wird Träger derselben mit gleichem Inhalt und Schuldgrund und verpflichtet sich zur Erfüllung der Urschuld[1]). Die Schuldmitübernahme ist nur akzessorisch in bezug auf ihre Entstehung, nicht aber hinsichtlich ihrer Fortdauer.

Dem entgegen ist der Bürge Neben- oder Fremdschuldner und schuldet aus eigenem Schuldgrunde. Auch der «selbstschuldnerische» Bürge ist nie Selbstschuldner der Hauptschuld. Die strengere Leistungspflicht des Solidarbürgen resultiert nur aus seiner strengeren Haftung. Er ist nicht Träger der fremden Schuld. Wenn er zahlt, so genügt er einem eigenen durch seine Haftung bestimmten Leistensollen[2]). Seine Verpflichtung ist akzessorisch ihrer Entstehung nach, gleich wie in ihrem Bestand und ihrer Fortdauer.

Die Abgrenzung der beiden Vertragsarten stösst in der Praxis besonders auf Schwierigkeiten, weil natürlich den Vertragsparteien erst recht der Sinn für einen juristischen Unterschied fehlt. Eine Unterscheidung kann in Zweifelsfällen nur dann mit Sicherheit getroffen werden, wenn es möglich ist, den Zweck des betreffenden Vertrages zu ermitteln. Ist dieser Zweck lediglich Sicherstellung des Gläubigers und Kreditverschaffung für den Schuldner, so wird meist für Bürgschaft zu entscheiden sein. Besteht dagegen beim Beitretenden ein selbständiges Interesse an der Abwicklung des Schuldverhältnisses, so kann eher Schuldbeitritt vermutet werden[3]). Nach v. Tuhr ist namentlich auf Schuldbeitritt[4]) zu schliessen, wenn für die Übernahme

---

[1]) *Thalmann* 42, *Oser* Art. 492 Bem. II 1, *Westerkamp* 38.

[2]) *Thalmann* 42.

[3]) *Enneccerus* 562.

[4]) Wir fügen noch bei, dass von Gesetzes wegen dieses Verhältnis nur besteht im Falle der Übernahme eines Vermögens oder Geschäftes nach OR Art. 181, 182. Dabei entsteht ein Übergangsstadium, wo während zweier Jahren ein Solidarschuldverhältnis vorliegt. *Fick* Vorbem. 15 zu Art. 175 ff., *Oser* Art. 181 Bem. 2. Man vgl. auch die Definition Osers der Schuldübernahme als nachträgliche Begründung passiver Solidarität. Vorbem. I 2 *a* zu Art. 175.

der Verpflichtung ein Entgelt gewährt wird, immerhin ist zu beachten, dass in der Praxis für die Übernahme von Bürgschaften oft Kommissionen bezahlt werden.

Als eine der Bürgschaft ähnliche Vertragsart kommt ferner in Betracht der Garantievertrag (OR Art. 111). Wir haben oben darauf hingewiesen, dass im Bürgschaftsrecht selber der Tatbestand eines solchen Vertrages erwähnt wird (OR Art. 494 Abs. 3).

Das Wesen des Garantievertrages liegt darin, dass der Garant einem andern die Leistung eines Dritten verspricht [1]). Damit wird deutlich gegenüber der Bürgschaft, wo sich der Bürge nur zum Einstehen für die Erfüllung einer Drittschuld verpflichtet, die in dieser Beziehung stärkere Verpflichtung des Garanten hervorgehoben. Er übernimmt wie der Solidarschuldner eine selbständige Schuld und will gerade dann eintreten, wenn der Hauptschuldner nicht leistet und nicht leisten müsste. Zweck ist hier der, dass der Gläubiger in jedem Falle eine Leistung erhalten soll [2]). Die Verpflichtung des Garanten ist demnach nicht akzessorisch. Der aus dem Garantievertrag Berechtigte belangt bei Nichtbefriedigung durch den Schuldner den Garanten auf Schadenersatz. Auch darin zeigt sich unseres Erachtens ein erheblicher Unterschied zur Bürgschaft.

Das Bundesgericht hat hier sehr scharf eine Abgrenzung vorgenommen und in einem besonders anschaulichen Falle, wo eine feste, vom Jahresgewinn unabhängige Aktiendividende durch einen Dritten zugesichert wurde, hervorgehoben, dass diese Verpflichtung nicht Solidarbürgschaft, sondern einen Garantievertrag nach OR Art. 111 darstelle [3]). Damit wird eine Verbindlichkeit begründet, indem die Hauptschuld erst entsteht mit dem Beschluss der General-

[1]) Die Bürgschaft ist als eine Unterart des Garantievertrages aufzufassen. *Oser* Art. 111 Bem. V 4.

[2]) *Tobler* 2.

[3]) BGE *46* [2] 157.

versammlung. Mangels Akzessorität kann daher in einem solchen Falle niemals Bürgschaft vorliegen [1]).

Der Bürgschaft nahestehende Verträge sind des weitern der Kreditauftrag nach OR Art. 408, auf den von Gesetzes wegen die Bestimmungen über den Bürgschaftsvertrag anzuwenden sind, dann die Gewährleistung des eine Forderung Abtretenden, und schliesslich das Delkrederestehen, welches zusammen mit dem Kreditversicherungsvertrag erwähnt werden muss. Bei dieser letzten Vertragsart kann in gewissen Fällen die Abgrenzung zur Bürgschaft unklar sein. Die Finanzkreditversicherung, d. h. die Deckung der Forderungen aus eröffneten Bankkrediten, ist aber bis heute im Gegensatz zur Warenkreditversicherung wenig ausgebaut. Aus diesem Grunde sind Kollisionen mit der Bürgschaft auch relativ selten. Wir verzichten daher hier auf eine nähere Besprechung der Kreditversicherung.

§ 3.

## Die Entstehung der Solidarbürgschaftsverpflichtungen.

Ein Kreditnehmer tritt mit einer Bank in Unterhandlung zwecks Erlangung von Krediten, d. h. er stellt bei der Bank ein Krediteröffnungsgesuch. Diese wird daraufhin entweder auf Grund der ihr vorgelegten befriedigenden Ausweise über den Geschäftsgang der kreditsuchenden Firma einen Blankokredit oder auf Grund dargebotener Pfänder einen entsprechenden Realkredit eröffnen. Erweisen sich aber die der Bank zur Prüfung vorgelegten Unterlagen als nicht restlos befriedigend, wird diese oft als weitere Voraussetzung zur Kreditgewährung die Sicherung ihres Kredites durch einen oder mehrere Solidarbürgen verlangen.

Der Kreditnehmer sucht sich nun meist auf eigenes Risiko, selten als Beauftragter der Bank, einen Bürgen. Denkbar ist aber auch, dass der Kreditnehmer der Bank zugleich

[1]) Als eine besondere Art der Bürgschaft ist auch noch die Wechselbürgschaft zu erwähnen.

mit dem Gesuch um Eröffnung eines Kredites eine gültige Bürgschaftsurkunde vorweisen kann. Die besondere Art des Bürgschaftsvertrages lässt es selbst zu, dass der Bürge die Wahl des Gläubigers dem Hauptschuldner überlässt. Das Bundesgericht nimmt ohne weiteres an, dass der vom Bürgen ermächtigte Hauptschuldner dessen Erklärung dem Gläubiger übermitteln und die Annahmeerklärung dieses für den Bürgen entgegennehmen kann [1]).

## I. Voraussetzungen der Bürgenqualität.

Hinsichtlich der rechtlichen Eigenschaften des Bürgen ist zu bemerken, dass es gewissen Personen unmöglich ist oder wesentlich erschwert wird, Bürgschaftsverpflichtungen einzugehen. Zunächst sind zur Übernahme einer solchen Verpflichtung die allgemeinen Vertragsvoraussetzungen erforderlich [2]). Das Obligationenrecht enthält keine Erschwerungen, dagegen finden sich im ZGB mehrere solche, die wegen der besonderen Gefährlichkeit des Bürgschaftsvertrages aufgestellt wurden. Das ZGB verbietet in Art. 408 die Eingehung der Bürgschaften zu Lasten des Bevormundeten. Ferner kann ein Verbeirateter nur unter Mitwirkung des Beirates eine solche gültig übernehmen (Art. 395) [3]). Besondere diesbezügliche Bestimmungen finden wir auch im ehelichen Güterrecht. Eine Ehefrau kann sich grundsätzlich für jeden Dritten als Bürgin verpflichten [4]), will sie dagegen eine Schuld des Ehemannes verbürgen, so ist dazu die Zustimmung der Vormundschaftsbehörde erforderlich (Art. 177 Abs. 3) [5]). Endlich sind Bürgschaftsverpflichtungen un-

[1]) BGE *45* ² 172.

[2]) Obgleich in der Regel der Gläubiger im Bürgschaftsvertrag keine ausdrücklichen Verpflichtungen übernimmt, überbindet ihm doch das Gesetz gewisse Pflichten, zu deren Übernahme volle Handlungsfähigkeit unerlässlich ist. *Fick* Art. 492 Note 3.

[3]) BGE *54* ² 77.

[4]) So kann auch der Ehemann als Prokurist seiner im Handelsregister eingetragenen Ehefrau im Rahmen ihrer geschäftlichen Beziehungen für sie Bürgschaften eingehen.

[5]) Pra *3* Nr. 148.

gültig, die ein Nachlassschuldner nach erfolgter Veröffentlichung der Nachlassstundung einging (SchKG Art. 298).

Im Verkehr treten natürlich oft auch Handelsgesellschaften und juristische Personen als Bürgen auf. Im einzelnen Falle könnte nur fraglich sein, wer für diese berechtigt ist, solche Verpflichtungen einzugehen. Nach aussen sind es in der Regel die zeichnungsberechtigten Personen, also beispielsweise die Prokuristen, sofern ihnen intern nicht ausdrücklich die Befugnis, Bürgschaften einzugehen, entzogen worden ist, was nicht so selten der Fall sein wird.

Besonderes ergibt sich für den Kollektiv- und Kommanditgesellschafter. Das Bundesgericht verneint die Gültigkeit der Bürgschaftsverpflichtung eines Kollektivgesellschafters für Schulden der Gesellschaft [1]), dementsprechend ist auch eine Bürgschaft eines Kommanditärs nur gültig für den die Kommanditsumme übersteigenden Betrag [2]). Da der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft die juristische Persönlichkeit nicht zugebilligt wird, liegt eben eigentlich eine Verbürgung einer eigenen Schuld vor. In der Praxis erweist es sich aber sehr oft, dass solche Bürgschaften zur Hebung und Unterstützung des Gesellschaftskredites unbedingt notwendig sind [3]). Der Entwurf III von 1928 zum OR lässt daher in Art. 568 Abs. 4 ausdrücklich solche Verpflichtungen zu [4]).

---

[1]) BGE *45* [2] 299, Pra *10* Nr. 37.

[2]) Urteil vom 13. Juli 1931, BGE *57* [2] 356.

[3]) Man vergleiche die Erwägungen des Zürcher Handelsgerichtes und des Tessiner Appellationshofes, die eine Bürgschaft des Kollektivgesellschafters zulassen wollten, da darin insbesondere ein Verzicht auf die subsidiäre Haftung des Gesellschafters für die Gesellschaftsschuld erblickt werden könne. BlZüR *20* Nr. 118. Ferner *Reichel* JZ *18* 265 ff., Prot. Exp Komm zum Entw. III 56 ff. und 148 ff.

[4]) Die Existenz der Hauptschuld ist in der Regel ferner abhängig vom Vorhandensein eines Subjektes, des Hauptschuldners, als Träger dieser Schuld. So wurde vor dem Obergericht des Kantons Thurgau einmal die Leistungspflicht der Bürgen bestritten für eine Schuld einer künftig zu gründenden Aktiengesellschaft, welche aber in der Folge nie existent wurde. Das Gericht nahm an, dass trotzdem ein Rechtssubjekt als Hauptschuldner vorhanden sei, nämlich der

## II. Die Stellung des Gläubigers bei Vertragsabschluss.

Das Verhalten des Gläubigers oder dessen Stellvertreters bei Eingehung der Bürgschaft erfordert immer eine gewisse Vorsicht, damit nicht der Bürge später sich auf Irrtum oder sogar Täuschung berufen kann. Damit kommen wir auch zu der sehr wichtigen Frage, wie weit der Gläubiger bei Vertragsabschluss überhaupt verpflichtet ist, den Bürgen über seine Beziehungen zum Hauptschuldner zu unterrichten. Wir sind dabei grundsätzlich einverstanden mit Koch (38), wenn er bemerkt, die Grenze zwischen der Verpflichtung des Kreditgebers, das Bankgeheimnis zu wahren, und den ihm gegenüber dem Bürgen obliegenden Pflichten sei oftmals eine so schmale, dass Interessenkollisionen kaum zu vermeiden seien, welchem Umstand die Rechtsprechung selbstverständlich Rechnung tragen müsse.

Wichtig scheint uns hier die Stellungnahme des Reichsgerichtes, das in einem Entscheide folgendes ausführt: Einem Gläubiger, der für seine Forderungen gegen einen Dritten Bürgen sucht, sei es nicht zuzumuten, dass er dem in Aussicht genommenen Bürgen die Verhältnisse des Schuldners und seine geschäftlichen Beziehungen zu diesem aufdecke. Er werde darauf rechnen können, dass sich der zukünftige Bürge bei andern Personen unterrichte. Der Gläubiger verfolge sein Gläubigerinteresse und habe keine solche Aufklärungspflicht gegenüber dem Bürgen, dem er durch seine Aufdeckungen auch geradezu Schaden zufügen könnte. Nur das sei von ihm zu verlangen, dass, wenn er den zukünftigen Bürgen Tatsächliches über die Verhältnisse des Schuldners mitteile, seine Angaben der Wahrheit entsprechen und dass er nichts wissentlich verschweige, worüber er

---

Initiant dieser Gesellschaft, der nach OR Art. 623 persönlich haften müsse für die von der Bank erhaltenen Vorschüsse auf Rechnung der künftigen Aktiengesellschaft. Somit wurde der Anspruch der Bank gegen die Bürgen mit Recht geschützt.

(Urteil vom 15. Juli 1925 i. S. SVB in St. G. gegen Konkursmasse F. M. in F.)

gefragt werde, sofern er die Beantwortung nicht überhaupt ablehne [1]). Das Bundesgericht steht grundsätzlich auf gleichem Boden, ist aber entsprechend unserer Gesetzgebung, die den Schutz des Bürgen mehr ausgebaut hat als das deutsche BGB, strenger in der Beurteilung des Verhaltens des Gläubigers bei Annahme der Bürgschaftserklärung [2]). Dieser Standpunkt der Gerichtspraxis lässt sich im allgemeinen mit den Billigkeitsgrundsätzen rechtfertigen. Die Bürgschaft ist eben ein Rechtsverhältnis, das, wie Fick sagt, in erhöhtem Masse auf den Grundsätzen über Treu und Glauben aufgebaut ist [3]). Es darf daher schon dem Gläubiger, der aus diesem Vertrage im Gegensatz zum Bürgen einen unverhältnismässigen Nutzen zieht, eine erhöhte Sorgfalt in der Beobachtung dieser Grundsätze zugemutet werden.

Einer Bank muss besonders auch anempfohlen werden, dass sie sich jeweilen vergewissert, ob beim Bürgen keine irrtümlichen Vorstellungen herrschen über die Natur der Hauptschuld. Dem Badischen Landgericht Freiburg wurde einmal ein Fall unterbreitet [4]), wo die Bürgen sich laut Bürgschaftsurkunde verpflichtet hatten, für einen Kontokorrentkredit einzustehen. Die Bürgen machten jedoch geltend, dass sie irrtümlich dieses Formular bei Eingehung ihrer Verpflichtung unterschrieben hätten, da sie nur eine Ausfallbürgschaft für eine Hypothek übernehmen wollten. Das Gericht stellte fest, dass diese bei Übernahme der Bürgschaft von der Überschuldung des Hauptschuldners wussten. Es nahm daher an, dass es ein unverständlicher Leichtsinn der Bürgen gewesen wäre, wenn diese wissentlich eine Verpflichtung übernommen hätten, aus welcher sie unabhängig von jener Hypothek voll in Anspruch genommen werden konnten. Es war auch unwahrscheinlich, dass für die Kreditgewährung der Bank die

---

[1]) Zitiert bei *Lemke* 202 ff. (VI. 255/17).

[2]) Man vgl. BGE *49* [2] 167 und *53* [2] 35.

[3]) *Fick* Art. 492 Note 57.

[4]) Urteil der Zivilkammer II vom 11. Dezember 1928, ferner sind dazu zu vergleichen die Erwägungen zum BGE *25* [2] 572.

Bürgschaft der grösstenteils vermögenslosen Bürgen ausschlaggebend gewesen war. Weil ferner auch die Bank nichts unternommen hatte, um die rechtsunkundigen Bürgen über die rechtliche Natur des hauptschuldnerischen Verhältnisses aufzuklären, wies das Gericht die Klage der betreffenden Basler Bank gegen die Bürgen, gestützt auf OR Art. 24 Ziff. 3 und Art. 23, ab.

Daraus ist vor allem die Lehre zu ziehen, dass den Schaden aus einem solchen Irrtum vor Gericht in der Regel die Bank zu tragen hat. Es lohnt sich daher schon für die Bank, Zeit und Mühe zu opfern, um im einzelnen Falle die Bürgen gründlich über die Form der Krediteröffnung an den Hauptschuldner aufzuklären. Es wird nicht genügen, wenn den rechtsunkundigen Bürgen beispielsweise nur ein meist in der Ausdrucksweise sehr knapp gehaltenes Zirkular zugesandt wird. Eine persönliche Unterredung mit den Bürgen, womöglich vor Zeugen, wird allein der sicherste Weg sein, um Missverständnisse dieser Art zu vermeiden.

Sehr streng wird von der Rechtsprechung auch der Ausdruck Krediteröffnung oder Krediteinräumung ausgelegt [1]). Das Bundesgericht sagt, dass darunter eben in der Umgangssprache die Gewährung eines Darlehns, insbesondere durch eine Bank, auf Grund eines Krediteröffnungsvertrages zu verstehen sei. Hat sich ein Bürge laut Vertrag ausdrücklich nur für einen neu zu eröffnenden Kredit verbürgt, so kann er nach Treu und Glauben verlangen, dass die Bank tatsächlich neue Kreditvorschüsse gewährt und nicht etwa nur alte Schulden, d. h. solche, die vor Eingehung der Bürgschaft entstanden sind, auf die nun verbürgte Rechnung überträgt. Das Bundesgericht hat in solchen Fällen einfach angenommen, dass die Hauptschuld, wofür der Bürge sich verpflichten wollte, gar nicht entstanden sei. Wir werden aber später in anderem Zusammenhange auf eine nähere Erörterung dieser Frage eintreten [2]).

[1]) BGE *38* [2] 608, *41* [2] 52, *49* [2] 100. Pra *20* 326.
[2]) Man vgl. 72 ff. dieser Abhandlung.

Schliesslich ist aber hier noch auf OR Art. 497 Abs. 3 aufmerksam zu machen, der bestimmt, dass ein Bürge frei wird, wenn er in der dem Gläubiger erkennbaren Weise die Bürgschaft eingegangen hat, dass neben ihm für die gleiche Hauptschuld noch andere Bürgen sich verpflichten werden und nun diese Voraussetzung in der Folge nicht eintritt. Es ist also nur notwendig, dass dem Gläubiger diese Voraussetzung erkennbar war. Damit wird diesem eine besondere Aufmerksamkeit zugemutet [1]). Beispielsweise kann aus dem blossen Umstande, dass der Text der Bürgschaftsurkunde in der Mehrzahl abgefasst ist [2]) oder dass über der Stelle für die Unterschrift des Bürgscheins die Bezeichnung steht «Die Unterzeichneten» [3]), als erwiesen betrachtet werden, dass der Bürge die Verpflichtung nur unter dieser Voraussetzung einging. Der Wegfall nur eines solchen genügt, dass der Bürge frei wird. Verpflichtet der Gläubiger an Stelle des fehlenden Bürgen einen andern, so muss er die Zahlungsfähigkeit dieses neuen Mitbürgen beweisen [4]).

§ 4.

## Die Form der Solidarbürgschaftsverträge.

### I. Im allgemeinen.

Art. 493 OR enthält zwei Gültigkeitserfordernisse für die Bürgschaftserklärung: nämlich Schriftlichkeit und Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung.

Die meisten modernen Gesetze verlangen als Voraussetzung zur Gültigkeit der Bürgschaftsverpflichtung die einfache Schriftlichkeit. Die Vorschrift entstand aus dem Bestreben der Gesetzgeber, den Bürgen insbesondere vor sich selber zu schützen und ihn vor leichtsinniger und unüber-

[1]) BGE *32* [2] 386, *21* 802.
[2]) *Fick* Art. 497 Note 30, *Oser* Art. 497 Bem. 4 *a*.
[3]) ZBJV *36* 274.
[4]) ZBJV *33* 147.

legter Bürgschaftsübernahme zu bewahren. Sie soll ihm die Tragweite seiner Verpflichtung zu vollem Bewusstsein bringen [1]).

Die deutsche Handelsgesetzgebung [2]) hat daraus die Konsequenz gezogen, indem sie dieses Erfordernis für diejenigen Personen fallen gelassen hat, von welchen erwartet werden darf, dass sie sich der Tragweite und Gefahr einer solchen Verpflichtung völlig bewusst sind. HGB § 344 und 350 lassen mündliche Bürgschaftserklärungen gelten, die ein Vollkaufmann in seinem Geschäftsbetriebe abgibt. Doch hat diese Bestimmung in Deutschland schon zu einer unendlichen Zahl von Prozessen Anlass gegeben, so dass heute durchwegs im Handelsverkehr auch die Schriftlichkeit üblich ist [3]).

Schriftlich muss nun alles das niedergelegt werden, was für den Bürgschaftsvertrag wesentlich ist. Vor allem die Willenserklärung, woraus klar hervorgeht, dass der Verpflichtende sich verbürgen will für eine bestimmte Schuld eines Dritten. Eine besondere Ausdrucksform ist jedoch dafür nicht vorgeschrieben. So sind namentlich Ausdrücke wie «Bürgschaft» oder «bürgen» nicht erforderlich.

Wegen des wesentlichen Merkmals der Akzessorität ist eine abstrakte Verbürgung nicht denkbar. Es bedarf daher ferner vollständiger Angaben über die zu verbürgende Hauptschuld. Eine ziffernmässige Fixierung derselben ist dagegen nicht notwendig. Es genügt, wenn sie unter Zuhilfenahme der Auslegung, ohne Abschluss eines neuen Vertrages, ermittelt werden kann [4]).

Nicht erforderlich ist die Angabe eines bestimmten Gläubigers. Wir haben darauf schon hingewiesen bei der Besprechung der Möglichkeit des Vertragsabschlusses durch

---

[1]) *Tobler* 8 ff., *Staub* § 350 Anm. 5.
[2]) Auch die französische.
[3]) Max *Hallbauer* 309 ff.
[4]) *Oser* Art. 493 Bem. II. 1 *d*, *Staudinger* BGB § 766 Bem. 1 *b*.

Stellvertretung. Es ist genügend, wenn dieser aus anderweitigen Angaben zu ermitteln ist [1]).

Bedingungen und Nebenabreden bedürfen grundsätzlich nur dann der Schriftlichkeit, wenn dadurch die Stellung des Bürgen erschwert wird. Ergänzende Nebenabreden, die mit der Urkunde nicht im Widerspruch stehen, sind daher nach Art. 12 OR formlos gültig. Mündliche Verabredungen, die die Verpflichtung des Bürgen irgendwie verschärfen, sind regelmässig ungültig, ohne weiteres sind dagegen solche wirksam, die dem Bürgen eine Erleichterung seiner Stellung bringen [2]).

Als eine Erschwerung und Verschärfung der Verpflichtung in diesem Sinne ist der Verzicht auf die Vorausklage aufzufassen. Das Gesetz verlangt dafür auch ausdrücklich Schriftlichkeit, indem es in Art. 496 bestimmt, wer sich unter *Beifügung* der Worte «solidarisch», «gleich dem Hauptschuldner», «als Zahler», «Selbstzahler», «Selbstschuldner», oder mit andern gleichbedeutenden Ausdrücken verpflichte, könne vor dem Hauptschuldner und vor Verwertung der Pfänder belangt werden. Das Bundesgericht scheint uns in der Auslegung etwas weit zu gehen, wenn es annimmt, dieser Verzicht könne sich auch aus den Begleitumständen des Bürgschaftsverhältnisses ergeben [3]). Die herrschende Meinung geht doch dahin, dass grundsätzlich die Wegbedingung der Vorausklage der Schriftlichkeit bedürfe [4]).

Nach OR Art. 14 ist nur die Unterschrift des Bürgen eigenhändig zu schreiben, die ganze übrige Urkunde kann beliebig von einer andern Person geschrieben oder vorgedruckt sein [5]).

---

[1]) Die Bürgschaftsverpflichtung wird jedoch ungültig, wenn der Name eines andern Gläubigers als des vorgesehenen in einen Vertrag, wo diese Angabe noch offen steht, eingesetzt wird.

[2]) BGE *44* ² 64.

[3]) BGE *47* ² 349.

[4]) *Oser* Art. 496 Bem. 2 *a*, *Staudinger* BGB § 773 Bem. 1 *a*, *Lemke* 197, *Gadmer* 16, *Hallbauer* 322.

[5]) Gültig zur Bürgschaft ist auch die Unterzeichnung des Hauptvertrages durch den Bürgen. Voraussetzung ist nur, dass ent-

Seit der Revision von 1911 verlangt das Gesetz gewissermassen eine qualifizierte Schriftlichkeit. Der Bürge muss zur Gültigkeit seiner Erklärung seine Haftung durch Angabe eines bestimmten Betrages maximal begrenzen. Die Schweiz ist darin den übrigen Ländern in dieser Hinsicht vorangegangen. Doch wird auch in Deutschland, und zwar insbesondere im Bankverkehr, regelmässig im Bürgschein ein solcher Maximalhaftungsbetrag angesetzt [1]).

Beachtung verdient zunächst die Auslegung dieser Bestimmung durch das Bundesgericht [2]). Der Zweck dieses Erfordernisses bestehe darin, den Bürgen in den Stand zu setzen, bei Eingehung der Bürgschaft sich über Umfang und Höhe der übernommenen Verpflichtung Rechenschaft zu geben und ihn dadurch vor unüberlegter Eingehung ungeahnt weittragender Verbindlichkeiten zu schützen. Auf Grund dieser Zweckbetrachtung kommt das Bundesgericht zu folgenden Ergebnissen: Die Angabe des Haftungsbetrages muss nicht in der Bürgschaftsurkunde selber enthalten sein, sondern es genügt unter Umständen auch eine Verweisung auf den vom Hauptschuldner ausgestellten Schuldschein, sofern darin die Schuld, für die der Bürge einzustehen hat, bestimmt umschrieben ist. Es bedarf ferner nicht von vornherein eines ziffernmässig genauen Höchstbetrages. Dieser Betrag muss sich jedoch anhand der in der Bürgschaftsurkunde und im Schuldschein enthaltenen Angaben ohne weiteres mit Sicherheit bestimmen lassen, sei es durch logische Überlegung oder einfache rechnerische Operation, und zwar im Zeitpunkt der Eingehung der Bürgschaft, nicht etwa erst im Laufe der Abwicklung des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes. Ausdrücklich stellt das Bundesgericht aber fest, dass damit der Begriff des «bestimmten Betrages»

---

weder ein entsprechender Hinweis im Vertragstext oder ein Zusatz bei der Unterschrift, der den Unterzeichnenden als Bürgen bezeichnet, gemacht wird.

[1]) *Lemke* 195 Anlage 5 und 13, ferner die Anlagen im Bankgeschäftlichen Formularbuch.

[2]) BGE *42* [2] 152.

nicht durch denjenigen des «bestimmbaren Betrages» ersetzt werden darf.

In der Literatur wird diese bundesgerichtliche Praxis vielfach angegriffen. Es wird namentlich behauptet, dass damit der Wert dieser Bestimmung stark herabgemindert werde [1]). Unseres Erachtens hat aber das Bundesgericht in verschiedenen späteren Entscheiden [2]) bewiesen, dass bei vorsichtiger Anwendung dieser Richtlinien sich keineswegs unbefriedigende Lösungen ergeben. Allerdings stellt vielleicht diese Praxis an die Gerichte erheblich grössere Anforderungen.

Ist nun die Bürgschaftserklärung nicht in der soeben besprochenen Form abgegeben worden, so ist sie nichtig [3]). Da die Bürgschaft ein annahmebedürftiges Rechtsgeschäft ist, wird sie formell abgeschlossen durch die Übergabe der Bürgschaftsurkunde und durch Annahme derselben durch den Gläubiger. Diese Annahmeerklärung bedarf keiner Form und liegt regelmässig in der Entgegennahme der Urkunde, grundsätzlich aber in jedem eine Annahme ausdrückenden Verhalten des Gläubigers. Bis zu diesem Augenblick kann der Bürge widerrufen. Die Urkundenübergabe darf daher nur mit Willen des Bürgen vor sich gehen.

## II. Im Bankverkehr.

Das Bestreben eines jeden grösseren Kreditinstitutes ist darauf gerichtet, gewisse Einheitstypen von Verträgen

---

[1]) *Fick* OR Art. 493 Noten 48—54, *Schulthess* 90, *Tobler* 48, *Reichel* JZ *20* 173.

[2]) BGE *43* [2] 514, *47* [2] 302, *49* [2] 373, *50* [2] 291. Wir verweisen ferner auf unsere Ausführungen auf S. 67.

[3]) Nach BGB § 766 wird durch Erfüllung der Formmangel geheilt. Im schweizerischen Recht fehlt eine ähnliche Bestimmung. *Oser* (Art. 492 Bem. II 2) verneint Konvaleszenz. Tobler hält dafür, dass der Zweck der Schriftform, der Schutz des Bürgen, sich auch nachträglich durch Rückleistung einer in Unkenntnis der Nichtigkeit geleisteten Zahlung wohltätig auswirken könne (9). Unseres Erachtens ist hier eher mit v. Tuhr (JZ *20* 178) anzunehmen, dass durch Erfüllung eine Heilung des Formmangels eintritt und eine Rückforderung somit nicht gegeben ist. Vgl. auch *Gadmer* 17.

aufzustellen. Jede Uniformierung bringt für einen Grossbetrieb den Vorteil der Übersichtlichkeit und Einfachheit der Kontrolle mit sich. Aus solchen Zweckmässigkeitsgründen ist es schon lange im Bankbetrieb üblich gewesen, von vornherein für die am meisten vorkommenden Vertragsarten vorgedruckte Formulare zu schaffen. Diese enthalten einmal die formellen Punkte des Vertrages, sofern vom Gesetz für den betreffenden Vertrag gewisse Formerfordernisse verlangt werden, ferner alle diejenigen Punkte, die auf Grund der Erfahrung und der Übung im Handels- und Bankverkehr besonderer Berücksichtigung bedürfen, und schliesslich die Bedingungen, unter welchen sich die Bank bereit erklärt, einen solchen Vertrag einzugehen.

Früher wurde die Bürgschaftsverpflichtung vielfach in Briefform abgegeben. Diese Form ist aber besonders deshalb nicht empfehlenswert, weil es oft zweifelhaft erscheint, ob sich der Unterzeichnende bei einer im Flusse der Korrespondenz eingefügten Redewendung ernstlich und endgültig zu einer Bürgschaftsübernahme verpflichten wollte. Der Bürge ist später gerne geneigt, den Inhalt eines solchen Briefes nur als vorbereitende Verhandlung mit unverbindlichen Vorschlägen gelten lassen zu wollen. Es begnügt sich daher heute keine Bank mehr mit einer solchen unsicheren Erklärung, sondern sie wird regelmässig dem Bürgen ein vorgedrucktes Bürgschaftsformular zur Unterzeichnung unterbreiten. Ein solches verhindert schon durch seine Bezeichnung als «Bürgschaftsverpflichtung», «Bürgschein» etc., dass Missverständnisse über die Art des Vertrages auf seiten des sich Verpflichtenden aufkommen.

Solche Formulare bringen den Nachteil einer weitgehenden Schematisierung mit sich, weil sie womöglich allen Eventualitäten gerecht werden wollen. So ist oft der Hinweis auf die Hauptschuld ungenau, namentlich wird wenig gesagt über deren Natur und Entstehungsgrund. Man begnügt sich vielfach mit einer generellen Klausel etwa folgenden Inhaltes: «Der Unterzeichnete erklärt hiemit als Solidar-

bürge der Bank zu haften für alle Forderungen, welche diese aus irgendwelchem Grunde gegen den Hauptschuldner hat oder haben wird...» Sofern sich nun der Bürge nur für einen bestimmten Kredit, sei es beispielsweise ein Diskonto- oder Akzeptkredit verbürgen will, so sind in diesem Falle noch weitere schriftliche oder mündliche Abmachungen zu treffen. Gerade solche Abreden bedürfen aber meist einer besonders genauen Formulierung, damit auf seiten des Bürgen in jeder Beziehung völlige Klarheit herrscht. Wir haben in § 3 gezeigt, wie die Bank durch einen Irrtum des Bürgen über die Natur der Hauptschuld zu Schaden kommen kann.

Am besten scheint uns die Art und Weise des Vertragsabschlusses, wo die Bank dem Bürgen zur Unterzeichnung und als Kopie ein Doppelformular gibt, welches z. B. überschrieben ist als «Krediteröffnungs- und Kontokorrentvertrag mit Solidarbürgschaftsverpflichtung». Dieses Doppelformular enthält erstens den Kontokorrentkreditvertrag zwischen der Bank und dem Hauptschuldner mit sämtlichen Bedingungen und Abmachungen über die Höhe des eröffneten Kredites, und zweitens die Bürgschaftsurkunde, den Vertrag zwischen der Bank und dem Bürgen. Schliesslich enthält ein dritter Abschnitt einige gemeinsame Bestimmungen bezüglich Gerichtsstand und Rechtswirksamkeit von schriftlichen Mitteilungen der Bank. Unter die ganze Urkunde werden nun die Unterschriften des Kreditnehmers und des Bürgen hingesetzt. Damit wird der Bürge nebst dem Hauptschuldner Mitunterzeichner auch der Schuldurkunde, was namentlich bedeuten soll, dass ihm Inhalt und Bedingungen des Hauptvertrages bekannt sind und er ausdrücklich mit diesem einverstanden ist. Missverständnisse werden dadurch viel eher vermieden.

Es ist natürlich nicht gut möglich, jedes Geschäft auf diese Weise zu verbriefen. Doch ist es immerhin empfehlenswert, wenn eine Bank wenigstens für die in ihrem Betriebe am meisten vorkommenden Vertragskombinationen solche Formulare schafft.

Meist wird Wert darauf gelegt, dass die Bürgen ihre Unterschriften in den Räumlichkeiten der Bank im Beisein eines oder zweier Bankbeamten abgeben. Damit wird bis zu einem gewissen Grade vermieden, dass durch betrügerische Kreditnehmer Unterschriftenfälschungen begangen werden. Die Banken schreiben auch allgemein vor, dass die Unterschriften der Bürgen öffentlich oder durch Beamte der Bank beglaubigt werden sollen.

## 2. Kapitel.

# Die Wirkung der Solidarbürgschaftsverträge im Bankverkehr.

Zunächst soll hier eine allgemeine Bemerkung zur Methode unserer Untersuchung der speziellen Fragen der Solidarbürgschaftsverträge im Bankverkehr vorausgeschickt werden.

Es schien uns gegeben, dieser Arbeit gleichsam als Gerippe die gesetzlichen Bestimmungen über das Bürgschaftsrecht zugrunde zu legen. Nur so war es möglich, eine gewisse Ordnung und einen Zusammenhang der einzelnen Vertragspunkte zu schaffen. Wir haben demnach eine Gesetzesbestimmung nach der andern genommen, jeweils versucht, ihren Inhalt und Zweck zu erfassen, und daran anschliessend untersucht, wie in den uns zur Verfügung gestellten Bürgschaftsformularen der Banken jede einzelne Frage behandelt, d. h. jede Gesetzesbestimmung abgeändert, erweitert oder inhaltlich eingeschränkt wird. Daran anschliessend haben wir die einzelnen Punkte kritisch betrachtet, insbesondere die Zweckmässigkeit und Rechtsgültigkeit der entsprechenden Vertragsklauseln erörtert.

### § 5.

### Rechte und Pflichten des Bürgen.

Im Bürgschaftsrecht kann vorwiegend die Tendenz des Gesetzgebers festgestellt werden, dem Bürgen möglichst Schutz zu gewähren. Das Gesetz schützt ihn vor sich selber durch Aufstellung bestimmter Formerfordernisse, deren Nichtbeobachtung bei Eingehung die Nichtigkeit seiner Ver-

pflichtung zur Folge hat, ferner versucht es, ihm Schutzmittel in die Hand zu geben in Gestalt von Rechten, die eine nachdrückliche Verstärkung erhalten durch bestimmte Pflichten, die dem Gläubiger überbunden werden.

Grundsätzlich ist der Ausbau dieser gesetzgeberischen Tendenz im Hinblick auf die oftmals verhängnisvollen wirtschaftlichen Folgen der Bürgschaft nur zu begrüssen. Doch stösst dieser Ausbau auf natürliche Grenzen. Die Bürgschaft wird für den Gläubiger um so bedeutungs- und wertloser, in je beschränkterer Weise er sich an den Bürgen halten kann und je mehr Voraussetzungen es zur Inanspruchnahme desselben bedarf. Da dieser Vertrag eine unentbehrliche Einrichtung der modernen Kreditwirtschaft geworden ist, darf ihm aber seine Weiterexistenz nicht verunmöglicht werden [1]). Sie ist ihm nur gegeben, wenn der Sicherungszweck tatsächlich erfüllt wird. Würde die dem Gläubiger durch die Bürgschaft gebotene Sicherheit durch gesetzliche Eingriffe praktisch mehr und mehr illusorisch, so hätte sehr bald das Wirtschaftsleben ein sie ersetzendes Vertragsgebilde geschaffen, worin bestimmt die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei erheblich grösseren Nachteilen ausgesetzt wäre als im Bürgschaftsvertrag.

Zu solchen Schlüssen führt gerade die Betrachtung der Bankbürgschaftsverträge. Es bedarf vieler besonderer Abmachungen, namentlich vieler Erweiterungen der Verpflichtung des Bürgen über den vom Gesetz gegebenen Vertragsrahmen hinaus, bis die Bürgschaftsverpflichtungen den Anforderungen der Bank nach Sicherheit und Liquidität genügen. Es ist klar, dass in diesen Verträgen Konflikte zwischen den zwei einander entgegengesetzten Tendenzen des Gesetzgebers nach Schutz des Bürgen einerseits, der Bank

[1]) An eine Abschaffung der Bürgschaft überhaupt hätte man ja niemals ernstlich denken können. Die Bürgschaft, als eine der ältesten rechtlichen Einrichtungen, hätte unmöglich plötzlich gestrichen werden können. Man vgl. die Verhandlungen des Ständerates bei der Beratung des Gesetzesentwurfes von 1912 (Sten Bull 20 231).

nach Verschärfung der Verpflichtungen anderseits eben unvermeidlich sind. Die Lösung solcher Streitfragen wird da und dort noch erschwert, weil es manchmal nicht ohne weiteres erkennbar ist, ob eine Gesetzesbestimmung zwingend oder nachgiebig auszulegen ist [1]).

## I. Rechte des Bürgen.

### A. Der Übergang der Gläubigerrechte auf den Bürgen bei Bezahlung der Bürgenschuld.

Unter dem Marginale «Rechte des Bürgen» steht zunächst der Subrogationsartikel 505. «Auf den Bürgen gehen in demselben Masse, als er den Gläubiger befriedigt hat, dessen Rechte über.» (Abs. 1.) Das Recht anerkennt und verwirklicht hier das Gebot der Billigkeit, dem Bürgen die Möglichkeit eines Rückgriffes zu gewähren. Die Einrichtung ist so alt wie die Bürgschaft selber. Der Ausbau des Regresses erfolgte in Rom insbesondere zur Zeit der klassischen Juristen. Auch im älteren deutschen Recht scheint dem Bürgen ohne weiteres eine Forderung auf Ersatz des Geleisteten zugestanden zu haben [2]).

Wir finden daher diese Einrichtung in allen modernen Gesetzen wieder, obgleich deren logische Begründung auf Schwierigkeiten stösst. Wie soll nämlich die durch Befriedigung erloschene Forderung des Gläubigers auf den

[1]) Bezüglich der Einteilung unseres Stoffes haben wir kurz folgendes zu bemerken: Einem Recht des Bürgen wird umgekehrt meist eine Pflicht des Gläubigers, und einem Recht des Gläubigers meist wieder eine Pflicht des Bürgen gegenüber stehen. Es würde sich somit vielleicht rechtfertigen, vorerst die Rechte des Bürgen und die Pflichten des Gläubigers miteinander zu behandeln und daraufhin eine gemeinsame Darstellung der Rechte des Gläubigers und der Pflichten des Bürgen folgen zu lassen. Allein, unseres Erachtens würde das abwechslungsweise Einnehmen der verschiedenen Standpunkte der beiden Vertragsparteien einer klaren Untersuchung entgegenwirken. Wir haben daher die hier vorliegende Einteilung vorgezogen und dabei vielleicht etwas willkürlich, je nachdem uns im einzelnen Falle das Recht oder die Pflicht im Vordergrund schien, die betreffende Frage im einen oder andern Paragraphen behandelt.

[2]) *Vischer* ZSchwR 7 2.

Bürgen übergehen können? v. Tuhr stellt dabei mit Recht fest, dass diese Auffassung in Kollision kommt mit unseren grundlegenden Vorstellungen von der Erfüllung einerseits und von der Zession anderseits [1]). Doch müssen wir hier diese Tatsache hinnehmen, indem wir einfach deren Zweckmässigkeit feststellen [2]).

In Art. 505 ist die Definition der Subrogation enthalten. Darunter versteht man allgemein den Eintritt eines zahlenden Dritten in die Stellung des befriedigten und damit aus dem Schuldverhältnis ausscheidenden Gläubigers [3]). Der zahlende Dritte ist in unserem Falle der Bürge, der nun seinerseits die Forderung rechtlich geltend machen kann. Dieser Vorgang würde weiter keine Schwierigkeiten bereiten, wenn nicht sehr oft die gläubigerische Forderung gegen den Hauptschuldner durch die Zahlung des Bürgen nur teilweise getilgt würde. In diesem Falle scheidet der Gläubiger eben nicht aus dem Schuldverhältnis aus, sondern es ergibt sich gewissermassen eine Konkurrenz von zwei Gläubigern mit zwei verschiedenen Forderungen gegen das hauptschuldnerische Vermögen.

Dieser sukzessive Übergang der Gläubigerrechte auf den Bürgen kann selbstverständlich dem Gläubiger Nachteile bringen. Der Bürge kann nach Zahlung seiner Schuld an den Gläubiger sogleich Regress nehmen, wodurch das Vermögen des Hauptschuldners für den Gläubiger sich gefährlich vermindern kann, wenn dieser nicht ebenso rasch den nichtverbürgten Teil seiner Forderung rechtlich geltend macht. Im Konkursfalle steht allerdings dem Gläubiger die Bestimmung von SchKG Art. 217 Abs. 1 zur Seite, worauf wir aber weiter unten näher eintreten werden.

Die Banken versuchen sich nun, gegen nachteilige Folgen dieser Art durch Vertragsabreden zu schützen. Oft wird eine Bank nicht nur eine, sondern mehrere verschiedene

---

[1]) *v. Tuhr* ZSchwR *42* 101 ff.
[2]) *Vischer* 7 ff. *Roos* 4 ff. *Thalmann* 61 ff.
[3]) *Roos* 3.

Forderungen gegen den mit ihr im Geschäftsverkehr stehenden Hauptschuldner haben. Ein Regress des Bürgen auch nur für eine Forderung kann aber ihre übrigen nichtverbürgten Forderungen gefährden.

Es ist interessant, hier die Abmachungen der deutschen Banken in ihren Bürgschaftsformularen mit denjenigen unserer schweizerischen Banken zu vergleichen. Diese Klausel im Bürgschein einer deutschen Bank lautet in der Regel wie folgt: «Ihre Rechte (der Bank) gehen erst dann auf mich als Bürgen über, nachdem Sie wegen Ihrer sämtlichen Ansprüche an den Hauptschuldner vollständig befriedigt sind. Bis dahin gelten meine Zahlungen als Sicherheitsleistungen [1].» Der Bürge verzichtet demnach bei Zahlung auf den Übergang der Gläubigerrechte bis zu einem späteren Zeitpunkt. Eine derartige Verlegung der Subrogation ist, im Gegensatz zum schweizerischen Recht, nach BGB § 774 ausdrücklich zulässig [2]. Die Geltung einer solchen Parteiabmachung ist für das deutsche Recht um so wichtiger, als sich der Gläubiger im Konkurse des Hauptschuldners nicht auf eine unserem SchKG Art. 217 analoge Bestimmung stützen kann. Ohne diese Klausel könnte eine Bank, die vor der Konkurseröffnung über das Vermögen des Hauptschuldners teilweise vom Bürgen für ihre Forderung befriedigt wurde, nach § 68 der deutschen KO nur noch den Rest ihrer Forderung eingeben. So kann nun aber die Bank die Zahlung des Bürgen als Sicherheitsleistung buchen, die volle Summe als Konkursforderung eingeben und hierauf für einen allfälligen Ausfall im hauptschuldnerischen Konkurs die vom Bürgen hinterlegte Summe in Anspruch nehmen.

Nach unserem OR Art. 505 Abs. 2 ist nun aber eine gleichlautende Abmachung unzulässig. Aus dem Protokoll der Expertenkommission zur Beratung des Gesetzesentwurfes ist zu ersehen, dass diese Bestimmung eben gerade aus diesem

---

[1]) Bankgeschäftliches Formularbuch, Formular 124.

[2]) Im § 774 wird noch besonders die Geltung des Satzes «nemo subrogat contra se» hervorgehoben.

Grunde geschaffen wurde, weil bis dahin die Banken regelmässig mit ihren Bürgen solche Abmachungen getroffen hatten [1]). Dieser Artikel war im alten Recht dispositiver Natur gewesen. Ob dieser Absatz 2 — «auf diesen Übergang der Gläubigerrechte kann nicht zum voraus verzichtet werden» — wirklich berechtigt und von Nutzen ist, lassen wir dahingestellt. Tatsächlich haben die Banken den Weg gefunden, um praktisch zum selben Resultat gelangen zu können. Die meisten Bürgschaftsformulare enthalten nämlich heute eine Klausel folgenden Inhaltes: «Solange die Bank für alle ihre Forderungen samt Zinsen und Kosten an dem Schuldner nicht voll befriedigt ist, verzichtet der Bürge darauf, seine Regressansprüche gegen den Schuldner geltend zu machen.» Es handelt sich nunmehr nicht um einen Verzicht auf die Subrogation, auf den Übergang der Gläubigerrechte, ein solcher wäre ja eben ungültig, sondern der Bürge verzichtet nur darauf, diese sofort auszuüben. Früher verzichtete der Bürge auf ein materielles, heute verzichtet er auf ein formelles Recht. Da offensichtlich eine Umgehung des vom Gesetzgeber in Art. 505 beabsichtigten Zweckes vorliegt, wäre ein Zweifel an der Zulässigkeit naheliegend. Doch ist nicht einzusehen, woraus die Ungültigkeit des Verzichtes auf eine vorläufige Geltendmachung prozessualer Rechte abzuleiten wäre. Ferner kann doch diese Abmachung gegenüber der früheren dem Bürgen gewisse Vorteile bringen, indem er eben wirklicher Gläubiger geworden ist. So kann er beispielsweise einer gegen ihn geltend gemachten Forderung des Hauptschuldners die Einrede der Verrechnung entgegenbringen. Nur darf unseres Erachtens die Bank nicht unangemessen lange, durch Stehenlassen eines kleinen Guthabens beim Schuldner dem Bürgen die Geltendmachung seiner Regressforderung verwehren. Abzustellen wäre jedoch hier allein auf das richterliche Ermessen.

Wie wir oben schon erwähnt haben, greift im Konkurs des Hauptschuldners, wo die Bank nur eine, jedoch zum Teil

[1]) Prot. der Exp Komm vom 20. Oktober 1908.

vom Bürgen bezahlte Forderung einzugeben hat, SchKG Art. 217 ein [1]). Die Bank muss sich in diesem Falle nicht speziell auf die soeben behandelte Vertragsklausel berufen. Fraglich ist nun aber hier folgendes: Nehmen wir an, eine Bank habe bei Konkurseröffnung über das Vermögen des Hauptschuldners aus verschiedenen Kreditvorschüssen eine Gesamtforderung an den Schuldner von Fr. 100,000. Davon seien verbürgt Fr. 30,000, für welchen Betrag die Bank nun noch von seiten des Bürgen befriedigt wird. Die Bank hat somit jetzt nur noch Fr. 70,000 ausstehend. Es bestehen nun zwei Möglichkeiten: Entweder kann man annehmen, es liege eine einzige Forderung von Fr. 100,000 vor, die teilweise durch die Zahlung des Bürgen getilgt wurde, oder man kann behaupten, es seien zwei verschiedene Forderungen, die eine aus einem Bürgschaftskredit von Fr. 30,000 und die andere aus einem Blankokredit von Fr. 70,000. Je nachdem kann nun die Bank den vollen Betrag von Fr. 100,000 oder nur den Betrag von Fr. 70,000 als Konkursforderung aufrechterhalten. Im zweiten Falle könnte dann der Bürge seine Regressforderung von Fr. 30,000 allein eingeben.

Das Bundesgericht hat sich im Jahre 1916 für letzteres entschieden [2]). Dieses Urteil wird von Margot (72 ff.) als unrichtig bezeichnet. Wesentlich und ausschlaggebend scheint ihm die Tatsache, dass es sich in diesem Falle um den Saldo aus einer Kontokorrentrechnung handelte, welchem Umstand das Bundesgericht nicht Rechnung getragen habe. Er unterstützt diese Kritik durch Anführung eines Reichsgerichtsentscheides aus dem Jahre 1882 [3]). Dort lagen tatbeständlich dieselben Voraussetzungen vor, doch dürften besonders die

[1]) Abs. 1: «Ist ein Gläubiger von einem Mitverpflichteten des Gemeinschuldners für seine Forderung teilweise befriedigt worden, so wird gleichwohl im Konkurse des letztern die Forderung in ihrem vollen ursprünglichen Betrage aufgenommen, gleichviel, ob der Mitverpflichtete gegen den Gemeinschuldner rückgriffsberechtigt ist oder nicht.»

[2]) BGE *42* [2] 138.

[3]) RG *8* 291 ff.

dort wie hier zur Anwendung gelangten Gesetzesbestimmungen genauer zu untersuchen sein.

§ 61 der deutschen Konkursordnung [1]) lautet folgendermassen: «Wird über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinander für dieselbe Leistung *auf* das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet, so kann der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte.» Darauf gestützt nimmt das Reichsgericht an, dass der Solidarbürge zwar nicht *für* die ganze Forderung, aber *auf* das Ganze und ferner für dieselbe Leistung wie der Schuldner hafte. Es liege im Wesen des Kontokorrentverhältnisses, dass die daraus entspringende Forderung in ihrer Höhe bis zur Beendigung des Verkehres einem ständigen Wechsel unterworfen sei und dass dieselbe, obgleich sie sich aus einer Reihe von einzelnen Verpflichtungsgründen zusammensetze, als eine einheitliche aufzufassen sei, deren Betrag durch die Saldoziehung fixiert werde. Hiernach bestimme sich das Rechtsverhältnis des Solidarbürgen, der sich für die Kontokorrentforderung bis zu einem bestimmten Haftungsbetrage verbürgt habe, ohne zugleich dem Gläubiger für die Höhe des zu gewährenden Kredites eine Schranke zu setzen [2]). Durch die Beschränkung der Bürgschaft auf einen bestimmten Betrag seien nicht etwa für den Kreditgeber zwei Forderungen, eine verbürgte und eine unverbürgte Forderung, entstanden, vielmehr bleibe die Forderung sowohl dem Bürgen als dem Hauptschuldner gegenüber eine einheit-

[1]) Gesetz vom 10. Februar 1877.

[2]) Dadurch, dass, wie das Reichsgericht sagt, der Bürge der Bank zugleich eine Kreditlimite hätte vorschreiben sollen und dass er ferner als Solidarbürge *auf* dieselbe ganze Leistung zu haften habe, scheint es uns bewiesen, dass das Reichsgericht, wie Reichel besonders hervorhob (S. 29 unserer Abhandlung), damals das Verhältnis zwischen Solidarbürge und Hauptschuldner als Gesamtschuldverhältnis betrachtete. Unseres Erachtens ist das Urteil schon aus diesem Grunde im Hinblick auf die heutige Rechtsauffassung anfechtbar.

liche, welche jedoch dem Bürgen gegenüber nur teilweise geltend gemacht werden könne. Das Reichsgericht schliesst seine Erwägungen damit, indem es die Zulassung des Bürgen zum Konkurse auch im Wege des Eintrittes in die Rechte des befriedigten Gläubigers vermöge der gesetzlichen Subrogation verneint, und zwar wegen der Geltung des Satzes «nemo subrogat contra se».

Im schweizerischen Recht entspricht dem § 61 der deutschen KO der Art. 216 SchKG: «Wenn über mehrere Mitverpflichtete gleichzeitig der Konkurs eröffnet ist, so kann der Gläubiger in jedem Konkurse seine Forderung im vollen Betrage geltend machen.» (Abs. 1.) Sowohl nach Jaeger [1]) wie nach Blumenstein «muss in privatrechtlicher Hinsicht gefordert werden, dass es sich um Mitverpflichtete handelt, von denen jeder *für* die ganze Schuld haftbar ist » [2]). Dies ergebe sich einerseits aus der Natur der Sache selbst, fährt Blumenstein weiter, indem sonst einfach die Forderung in ihre einzelnen Teile zerfallen würde, so dass von einer Mitverpflichtung im konkursrechtlichen Sinne nicht mehr gesprochen werden könnte, weshalb auch eine Geltendmachung in verschiedenen Konkursen nicht verständlich wäre. Bezüglich der Auslegung des Ausdrucks «Mitverpflichteten des Gemeinschuldners» im darauffolgenden Art. 217 ist dasselbe zu bemerken [3]).

Im oben erwähnten Entscheide aus dem Jahre 1916 verneint das Bundesgericht die Anwendung des Art. 217 SchKG. Daraus muss gefolgert werden, dass eine nur teilweise verbürgte Forderung aus Kreditvorschüssen tatsächlich als zwei verschiedene Forderungen, als eine verbürgte und eine nicht verbürgte Forderung, anzusehen ist. Das Bundesgericht ist daher im betreffenden Falle der Auffassung, dass durch die vollständige Bezahlung der Bürgenschuld die verbürgte Forderung des Gläubigers untergegangen

---

[1]) SchKG Art. 217 Note 1.
[2]) *Blumenstein* 665.
[3]) Jaeger SchKG Art. 217 Note 2.

sei, demnach die gläubigerische Bank eine erloschene Forderung benützen wollte, um sich eigentlich doppelt bezahlt zu machen [1]).

Die Tatsache schliesslich, dass es sich in diesem Falle um eine teilweise Verbürgung eines Kontokorrentsaldos handelte, welche Margot als wesentlich bezeichnet, ist mit Recht vom Bundesgericht nicht beachtet worden. Es scheint, dass das Gericht diesen Umstand als einen gewissermassen technischen Zufall betrachtete, dem bei Erörterung dieser Frage hier keine besondere Bedeutung zuzumessen war.

Margot geht unseres Erachtens in der Auslegung des Begriffes der «Unteilbarkeit» des Kontokorrentsaldos viel zu weit. Unter dieser «Unteilbarkeit» ist zu verstehen, dass mit Ziehung und Anerkennung des Saldos, d. h. mit eintretender Novation, kein einzelner der in der Rechnung eingesetzten Posten der vorhergehenden Kontokorrentperiode aus diesem Saldo herausgerissen werden kann. Jeder dieser Posten ist durch Neuerung untergegangen, und nur der aus der Schlussdifferenz zwischen der Soll- und Habenseite sich ergebende Saldo besteht noch als einheitliche einzige Forderung. In diesem kann und darf keiner der ihn zusammensetzenden Posten erkannt werden. Darüber hinaus ist aber schliesslich der Saldo eine Geldforderung, die als solche beliebig teilbar ist. Ohne weiteres können aus dieser Forderungssumme mehrere verschiedene und verschiedenartige Forderungen geschaffen werden, beispielsweise eine verbürgte und eine unverbürgte Forderung. Margot legt allgemein diesem Umstande zuviel Bedeutung bei, wodurch er eben, wie gerade hier, zu einer dem Rechtsgefühl widersprechenden Lösung kommt.

Anders verhält es sich natürlich, wenn der Bürge seine *Bürgenschuld* nur teilweise bezahlt hat. Wir kommen wieder

---

[1]) Der Satz «nemo subrogat contra se» ist im schweizerischen Recht nirgends ausdrücklich ausgesprochen. Seine Anwendung ist daher nicht ohne weiteres möglich. Man vgl. dazu *Becker* Art. 110 Bem. 8, *Vischer* ZSchwR 7 41, *v. Tuhr* ZSchwR *42* 107 ff.

zurück auf unser früheres Beispiel. Angenommen, die Bürgen hätten die Bank nur bis zu Fr. 15,000 befriedigt, ihre Haftung belief sich aber auf Fr. 30,000. Hier könnte nun die Bank eine Gesamtkonkursforderung von Fr. 100,000 aufrechterhalten, denn gestützt auf SchKG Art. 217 dürfte sie auch die verbürgte Forderung von Fr. 30,000 trotz ihrer teilweisen Bezahlung in ihrem ganzen Umfange im Konkurs geltend machen. Bürge und Hauptschuldner sind für diese Summe Mitverpflichtete in diesem Sinne, da beide *für* die ganze Schuld von Fr. 30,000 haften [1]).

### B. Einreden des Bürgen.

Wenden wir uns nun der Betrachtung des OR Art. 506 zu, dessen Bestimmungen aber in den Bankbürgschaftsverträgen zu keinen Sonderabreden Anlass geben. Wir beschränken uns daher hier auf eine Angabe des Zweckes und der Wirkungen dieser Bestimmungen.

Der Bürge ist nach Abs. 1 berechtigt und verpflichtet, dem Gläubiger die Einreden entgegenzuhalten, die dem Hauptschuldner zustehen [2]). Es handelt sich hier um eine Folge des akzessorischen Gedankens, indem der Bürge sich nicht zu einem Mehr verpflichten kann, als worauf die Verbindlichkeit des Hauptschuldners geht, er schuldet höchstenfalls nur das, was dieser schuldet [3]). Somit muss der Bürge auch ohne weiteres berechtigt sein, dem Gläubiger die hauptschuldnerischen Einreden entgegenzuhalten. Das Gesetz

---

[1]) Die ratio legis dieser konkursrechtlichen Bestimmung könnte aber zu Bedenken Anlass geben und ist auch bestritten. Blumenstein gibt Götzinger Recht, der auf S. 43 darauf aufmerksam macht, dass dadurch eher eine Begünstigung des Mitverpflichteten bezweckt und erreicht werde, indem dieser seinerseits durch diese Behandlung des Gläubigers einer Belangung für den Rest der Forderung entgehe. *Blumenstein* 668 Note 49.

[2]) Der Zusatz — soweit er nicht durch die Art seiner Verpflichtung von der Geltendmachung solcher Einreden ausgeschlossen wird — ist nur denkbar im Hinblick auf OR Art. 494 Abs. 3.

[3]) *v. Tuhr* JZ 19 227, *Oser* Art. 506 Bem. 2, *Hafner* Art. 505 Note 2.

verpflichtet [1]) sogar den Bürgen dazu, denn unterlässt er dieses, so verliert er seinen Rückgriff insoweit, als er sich mittels dieser Einreden hätte befreien können, wenn er nicht darzutun vermag, dass er sie ohne sein Verschulden nicht gekannt hatte. Diese Bestimmung des Abs. 2 ergibt sich logischerweise aus den Grundsätzen der Subrogation, indem der Rechtsnachfolger des Gläubigers nie mehr verlangen kann als dieser selbst.

Der Bürge kann nun dem Gläubiger zweierlei Einwendungen entgegenbringen, nämlich einmal sogenannte rechtshindernde und ferner sogenannte rechtsaufhebende Tatsachen [2]). Jedoch ist einschränkend zu beachten, dass der Bürge die Hauptobligation nicht durch eigenes Handeln beeinflussen kann. Ein dem Hauptschuldner zustehendes oder besonders eingeräumtes Verfügungs- oder Gestaltungsrecht, beispielsweise ein Wahlrecht, ein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht kann der Bürge nicht selber geltend machen. Er hat passiv abzuwarten, wie sich die Hauptschuld gestaltet [3]). Ferner ergibt sich aus dem Sicherungszweck der Bürgschaft, dass Erleichterungen oder Befreiungen, welche dem Schuldner aus seiner Zahlungsunfähigkeit erwachsen, dem Bürgen nicht zugute kommen können [4]). Die Einwendung einer solchen rechtshindernden Tatsache ist z. B. die, dass die Hauptschuld ganz oder teilweise aus einem unsittlichen oder verbotenen Geschäft entstanden sei.

Wir denken hier besonders an den Fall von OR Art. 513, wonach ein Darlehn ungültig ist, wenn es zum Behufe von Differenzgeschäften und solchen Lieferungsgeschäften über Waren- oder Börsenpapiere gewährt wurde, die den Charakter eines Spieles oder einer Wette haben. Voraussetzung ist

[1]) *Schulthess* (ZSchwR *44* 108) ist der Meinung, dass es sich trotz des Wortlautes des Gesetzes nicht um eine eigentliche Verpflichtung handle, sondern es liege nur eine Rechtsvoraussetzung vor. Vgl. auch *Oser* Art. 506 Bem. 3 *a*.

[2]) *v. Tuhr* JZ *19* 228.

[3]) *Schulthess* 112.

[4]) *v. Tuhr* 228.

allerdings, dass der Bürge beweisen kann, die Bank habe zu diesem Zwecke wissentlich einen Kredit eröffnet. Ein reines Differenzgeschäft liegt dann vor, wenn ein Vertrag, enthaltend die Abmachung, dass die verlierende Partei der gewinnenden die Differenz zwischen dem vereinbarten Preise einer Ware und dem Börsenpreis derselben an einem späteren bestimmten Zeitpunkt zu bezahlen habe, geschlossen wurde [1]). Dem Bürgen geht diese Einwendung gegen einen einzelnen Schuldposten aus einem solchen Geschäft auch nicht durch Ziehung und Anerkennung eines diesen Posten enthaltenden Kontokorrentsaldos verloren, denn solche Forderungen können überhaupt nicht gültig noviert werden [2]).

Der Bürge könnte ferner als weitere rechtshindernde Tatsache einwenden, es sei die vom Gesetz vorgeschriebene Form für einen bestimmten Vertrag zwischen Gläubiger und Hauptschuldner nicht gewahrt worden.

An rechtsaufhebenden Tatsachen kann der Bürge vorbringen, dass Untergang der Hauptschuld durch Erfüllung, Erlass oder vollzogener Verrechnung vorliege. Von besonderem Interesse ist die Frage der Verrechnung. OR Art. 121 gibt dem Bürgen das Recht, die Befriedigung des Gläubigers zu verweigern, soweit dem Hauptschuldner das Recht der Verrechnung zusteht. Diese Bestimmung darf nun aber nicht in dem Sinne verstanden werden, dass der Bürge die Verrechnung mit einer Gegenforderung des Schuldners vornehmen kann [3]). Die Verrechnung ist nun eben ein solches dem Schuldner zustehendes Gestaltungsrecht, woraus dem Bürgen nur eine dilatorische Einrede zukommt. Der Bürge verliert die Einrede, sobald der Hauptschuldner darauf verzichtet. In einem solchen Verzicht liegt nicht ein die Bürgenschuld erweiterndes Rechtsgeschäft.

[1]) *Fick* Art. 513 Note 28, *Oser*, Lieferungs- und Differenzgeschäft, im Handbuch der schweizerischen Volkswirtschaft *2* 927.

[2]) *Hafner* Art. 512 Note 2, BGE *18* 280 ff.

[3]) *v. Tuhr* JZ *19* 245.

Endlich ergibt sich aus diesem Grundsatze, wonach der Hauptschuldner durch Rechtsgeschäft die Stellung des Bürgen nicht erschweren kann, dass der Bürge eine Einrede nicht verliert, wenn der Hauptschuldner darauf verzichtet hat [1]).

Von einer weiteren Aufzählung der Rechte des Bürgen gegenüber dem Gläubiger sehen wir an dieser Stelle ab, da alle die übrigen sich vornehmlich auf den Untergang der Bürgschaftsverpflichtung beziehen. Wir verweisen daher auf § 8 dieser Arbeit.

Wie wir oben schon erwähnt haben, gibt das Gesetz dem Bürgen auch Rechte gegenüber dem Hauptschuldner. OR Art. 512 berechtigt ihn unter gewissen Umständen zum Verlangen von Sicherstellung. Jedoch können wir uns mit diesen Bestimmungen, deren praktischen Nutzen auch eher gering ist, nicht weiter befassen, da eine Behandlung derselben ausserhalb unseres Aufgabenkreises steht.

## II. Pflichten des Bürgen.

Die Pflichten des Bürgen erschöpfen sich sozusagen im alleinigen und diesem Vertrage wesentlichsten Moment der Bürgschaftsverpflichtung selber, deren Begriff, Wesen und Abgrenzung wir in § 2 betrachtet haben. Das Gesetz überbindet dem Bürgen in Art. 507 nur noch die eigentlich selbstverständliche Pflicht, dem Hauptschuldner Anzeige zu erstatten von seiner erfolgten Zahlung an den Gläubiger. Bei Unterlassung dieser Mitteilung verliert er seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner, wenn dieser gleichfalls seine Schuld bezahlt.

Schliesslich ist aber noch eine Vertragsklausel hier anzuführen, die in den Bürgschaftsformularen fast sämtlicher Banken zu finden ist, wonach der Bürge sich verpflichtet, allfällige Eingaben bei Konkurs des Hauptschuldners selber zu besorgen. Das Gesetz belastet allerdings in Art. 511 damit

[1]) Man vgl. BGB § 768.

den Gläubiger, unter der Annahme, dass normalerweise dieser im Besitz der zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Urkunden und Beweismittel ist und er meist engere geschäftliche Beziehungen unterhält zum Hauptschuldner als der Bürge. Dem Gläubiger könnte aber diese Gesetzesbestimmung insoweit nachteilig werden, als er bei Unterlassung dieser Pflichten dem Bürgen schadenersatzpflichtig wird. Der Bürge verzichtet daher im Bankverkehr regelmässig von vornherein in der Bürgschaftsurkunde auf jede Einrede wegen einer solchen Unterlassung und entbindet die Bank von allen derartigen Pflichten. Oft wird nun aber, wie schon erwähnt, umgekehrt der Bürge ausdrücklich dazu verpflichtet, entweder die Anmeldung der Kreditforderung der Bank selber vorzunehmen oder zum mindesten in solchen Fällen der Bank rechtzeitig davon Kenntnis zu geben, damit diese ihre Rechte gehörig wahren kann. Ferner wird stipuliert, dass, wenn der Bürge solches unterlässt, er der Bank schadenersatzpflichtig wird [1]).

§ 6.

## Die Haftung des Bürgen.

### I. Die Haftung für Zinsen, Provisionen und Kosten.

Wir haben in § 4, wo von der Form des Bürgschaftsvertrages die Rede war, das Gültigkeitserfordernis der Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung untersucht.

[1]) Ähnlich sind die Verhältnisse bei den übrigen über den Hauptschuldner ergehenden amtlichen, beziehungsweise gerichtlichen Auskündigungen. Fast in jedem Bürgschaftsformular wird daher auf SchKG Art. 303 Abs. 2 hingewiesen, wo bestimmt wird, dass ein Gläubiger, welcher dem Nachlassvertrage zugestimmt habe, seiner Rechte gegen Mitschuldner, Bürgen und Gewährspflichtigen nicht verlustig gehe, sofern er denselben mindestens zehn Tage vor der Gläubigerversammlung deren Ort und Zeit mitgeteilt und ihnen die Abretung seiner Forderung gegen Zahlung angeboten habe. Vorsichtshalber entlasten sich die Banken vertraglich auch von dieser Pflicht und behalten sich volle Handlungsfreiheit vor.

Die Betrachtung beschränkte sich aber an jener Stelle nur auf die formelle Frage, wann und wie der Bestimmung des Gesetzes Genüge getan sei bei der Angabe dieses Haftungsbetrages. Hier stellen wir uns nun allgemein die weitere Frage nach dem Maximalhaftungsbetrag selber, nach Höhe und Zusammensetzung desselben.

### A. Umfang der Haftung nach OR Art. 499.

Die herrschende Meinung geht dahin, dass der im Bürgschein angegebene Höchstbetrag der Haftung nur den Kapitalbetrag darstelle, dem nach Art. 499 OR bestimmte Akzessorien noch beizuzählen seien [1]). Nun ist aber von Thalmann (53 ff.) und von Schulthess (106 ff.) die Auffassung vertreten worden, dass dieser Höchstbetrag wirklich das absolute Maximum sei, wofür der Bürge belangt werden könne, er dürfe demnach nicht darüber hinaus auch für Zinsen und Kosten in Anspruch genommen werden [2]). Einen Mittelweg will Tobler (51) einschlagen, der dafür hält, es sei danach zu unterscheiden, ob sich der Bürge einfach für eine bestimmte Hauptschuld verbürgen wollte oder ob er durch die Angabe im Bürgschaftsscheine seine Haftung maximal begrenzen wollte. Habe sich der Bürge für eine Schuld des Hauptschuldners von bestimmtem Betrage verpflichtet, so sei Art. 499 in dieser Summe nicht inbegriffen [3]), habe er sich dagegen bis zu einem bestimmten Höchstbetrag für eine Schuld des Hauptschuldners verbürgt, dann sei der betreffende Artikel inbegriffen. Der Grundgedanke dieses Vorschlages scheint gut zu sein. Tobler möchte damit auf den Parteiwillen abstellen. Doch dürfte eine praktische Durchführung desto schwieriger sein, weil vielfach nach dem Wortlaute der Bürgschaftserklärungen diese Unterscheidung nicht getroffen

---

[1]) *Fick* Art. 493 Noten 52, 53, *Reichel* JZ *20* 177, *v. Tuhr* JZ *19* 224,

[2]) Auch *Rossel* (*3* 539) macht auf den Widerspruch zwischen Art. 493 und Art. 499 aufmerksam.

[3]) Z. B. wenn es heisse: Ich verbürge mich für die Kaufpreisschuld des X an Y von Fr. 1000.

werden kann. Unseres Erachtens ist doch der bis dahin gegoltenen Auffassung, dass zum Höchstbetrag der Haftung des Bürgen noch die Nebenfolgen nach Art. 499 hinzuzurechnen seien, der Vorzug zu geben [1]). Bezüglich der Zinsen, für die noch mitgehaftet werden soll, ist zu sagen, dass diese in dem vom Art. 499 vorgesehenen Umfange vom Bürgen ohne weiteres errechnet werden können, damit ist im wesentlichen der Widerspruch zu Art. 493 behoben. Der Bürge hat ferner für die Kosten der Ausklagung des Hauptschuldners nur einzustehen, wenn ihm rechtzeitig Gelegenheit gegeben wurde, sie durch Befriedigung des Gläubigers zu vermeiden.

Der Art. 499 ist dispositiver Natur und kann somit durch Parteiabrede beliebig abgeändert oder wegbedungen werden. Im Bankverkehr verzichtet der Bürge entweder allgemein auf die Bestimmungen des Art. 499 oder dann zumeist nur speziell auf Abs. 2. Er hat demnach für die Kosten der Ausklagung des Hauptschuldners auch dann einzustehen, wenn ihm die Bank keine besondere Gelegenheit zu ihrer Befriedigung gegeben hat. Die Bank ist also nicht verpflichtet, dem Bürgen Anzeige zu erstatten von einer beabsichtigten Anhebung einer Klage.

Hinsichtlich der Haftung für die Zinsen enthalten viele Formulare die Abmachung, dass der Bürge nebst dem Kapitalbetrag von bestimmter Höhe für *alle* verfallenen und laufenden, vertraglichen und Verzugszinsen einzustehen habe. Diese Klausel mag in ihrem vollen Umfange gültig sein, wo die Bürgschaftsverpflichtung nur auf bestimmte Zeit eingegangen wurde. Der Bürge kann in diesem Falle bei Eingehung der Verpflichtung errechnen, auf wie hoch sich gegebenenfalls die Zinsenlast belaufen kann. In der Regel werden aber eben die Bürgschaftsverträge auf unbestimmte Zeit abgeschlossen, so dass der Bürge diese Rechnung nicht vornehmen kann, da die Anzahl der Jahre seiner Haftung im Augenblick der Ent-

[1]) Dies ist auch der Wille des Gesetzgebers. Man vgl. das Stenographische Bulletin des Nationalrates *19* 718.

stehung der Bürgschaft nicht vorauszusehen sind. Hier könnte sich unseres Erachtens der Bürge auf Art. 493 berufen, da ihm tatsächlich die Höhe seiner Haftung unbekannt war. Die Bank hätte höchstenfalls dann nur Anspruch auf den laufenden und einen verfallenen Jahreszins, wie es in Art. 499 Abs. 3 vorgesehen ist. Daher ist es zu empfehlen, mit dem Bürgen die Abmachung zu treffen, dass er nur für eine bestimmte Anzahl von Jahreszinsen zu haften habe. Einige Bürgschaftsformulare enthalten auch schon eine Beschränkung der Bürgenhaftung auf den laufenden und drei verfallene Jahreszinsen.

Gewisse Bedenken könnten sich vielleicht auch regen, wenn der Bürge sich auch über den verbürgten Kapitalbetrag hinaus für sämtliche Provisionen und Kosten verbürgt. Da scheint uns zum mindesten eine Berufung auf Art. 493 gegeben, soweit diese im einzelnen Falle das übliche Mass übersteigen.

**B. Zinsfussänderungen und das Erfordernis der Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung nach OR Art. 493.**

Wir treten hier auch noch näher auf eine Frage ein, die, wie uns scheint, einiges Interesse verdient und unseres Wissens in der Literatur nie aufgerollt wurde. Wie wir eben gesehen haben, enthalten oftmals die Formulare die Bestimmung, dass der Bürge über den Kapitalhöchstbetrag hinaus für eine bestimmte Anzahl Jahreszinsen zu haften hat. Der Bürge verpflichtet sich meist gegenüber der Bank auf unbestimmte Zeit. Sowohl das Kredit- als auch das Bürgschaftsverhältnis kann während zehn und mehr Jahren bestehen, was durchaus keine Seltenheit ist. Inzwischen wird aber der Zinsfuss für den von der Bank gewährten Kredit erhöht oder gesenkt worden sein. Der Bürge weiss, dass er für den laufenden und drei vertallene Jahreszinse haften muss, weiss aber nicht zum voraus, zu welchem Zinssatz er die Berechnung vornehmen muss, wenn er sich bei Eingehung seiner Verpflichtung über die maximale Höhe seiner Haftung

Rechenschaft abgeben will. Dürfte dieser Umstand nicht selbst im Lichte der bundesgerichtlichen erweiterten Auslegung des Art. 493 gewisse Bedenken erregen?

Dazu sei folgendes bemerkt: Der Bürge unterwirft sich regelmässig entweder ausdrücklich oder dann stillschweigend den «Allgemeinen Kontokorrentbedingungen» der Bank [1]). Dort stehen bei jeder Bank ungefähr die gleichen Bestimmungen hinsichtlich der Zinsen: «Die Ansätze für Zinsen (auch für Provisionen usw.) werden bei Eröffnung des Kontos festgesetzt, jedoch behält sich die Bank vor, eine Änderung des Zinsfusses, je nach den Verhältnissen des Geldmarktes, jederzeit eintreten zu lassen.» Solche Abänderungen werden gewöhnlich auf dem Zirkularwege bekanntgegeben. Nicht selten ist die Verabredung mit dem Kreditschuldner auch die, dass die Zinsen ungefähr ½ bis 1 % über dem jeweiligen offiziellen Diskontsatz, mitunter auch über dem offiziellen Lombardsatz der schweizerischen Nationalbank in Rechnung gestellt werden [2]).

Zur Lösung der Frage, die wir uns hier gestellt haben, erhalten wir auch bestimmte Anhaltspunkte aus den Erwägungen zu einem Urteil des Bundesgerichtes [3]), wo es sich tatbeständlich um folgendes handelte: Eine Verbürgung umfasste die normale Verzinsung eines bankmässigen Baukredites, wobei im Vertrage verabredet wurde, «sollte der Lombardsatz der Schweizerischen Nationalbank über 5 % steigen, so ist die Bank berechtigt, den Zinsfuss für den gegen die Grundpfandverschreibung gewährten Kredit ebenfalls entsprechend zu erhöhen». Gestützt auf diese Klausel wurde

---

[1]) Das Formular einer Berner Bank enthält z. B. die Klausel: «Der Bürge erklärt sich mit dem dem Kreditnehmer eröffneten Kontokorrent und den vereinbarten und sonstigen allgemein üblichen Bestimmungen der Bank über den Verkehr auf demselben ausdrücklich einverstanden.»

[2]) *Zimmermann*, Über die «Allgemeinen Kontokorrentbedingungen» der Banken 7.

[3]) Urteil des Bundesgerichtes (staatsrechtliche Abteilung) vom 4. Juni 1926 i. S. Wwe. M. gegen SVB Luzern.

daraufhin eine solche Erhöhung auf 6 ¼% vorgenommen. Als die Bank den Bürgen für ausstehende Jahreszinsen belangen wollte, bestritt dieser seine Leistungspflicht, da nach OR Art. 493 dem Erfordernis der Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung wegen dieses variablen Zinsfusses nicht Genüge getan sei. Das Bundesgericht schloss sich dabei im wesentlichen den Erwägungen des Luzerner Obergerichtes an, das dazu wörtlich ausführte:

«Diese Einwendung liesse sich eher hören, wenn als Gradmesser für die Zinsberechnung der Zinssatz irgendeiner Privatbank oder eines ausländischen Geldinstitutes gewählt worden wäre; durch die Zugrundelegung des Lombardsatzes der Nationalbank sei von vornherein dafür gesorgt worden, dass die Grenzen einer normalen Zinsberechnung nach oben nicht überschritten werden könnten. Freilich sei auch hierdurch dem Erfordernis ziffermässiger Bestimmtheit der Höchsthaftung des Bürgen wörtlich genommen nicht genügt, selbst nicht nach der weiteren Gesetzesauslegung des Bundesgerichtes... Allein bei der Natur der zu verbürgenden Forderung habe es dessen auch nicht bedurft. Die Bürgschaft sei nicht für das Kapital, sondern für dessen normale Verzinsung übernommen worden. Nach Art. 499 Abs. 3 OR erstrecke sich aber die Haftung des Bürgen ohne weiteres von Gesetzes wegen auch auf die vertraglichen Zinsen des verbürgten Kapitales bis zum Betrage des laufenden und eines verfallenen Jahreszinses, ohne dass hiefür die Festlegung des Zinsfusses auf einen unveränderten Satz verlangt würde. Sei es zu der durch Art. 493 OR geforderten Bestimmtheit für eine Kapitalschuld nicht nötig, dass auch die Höhe der vom Bürgen allenfalls mitzubezahlenden Vertragszinsen ziffernmässig bestimmbar sei, so könne aber dieses Erfordernis auch nicht aufgestellt werden, wenn die Bürgschaft auf einen Teil des Kreditverhältnisses, nämlich auf die erwachsenden Zinsen, eingeschränkt bleibe.»

Trotzdem die Bürgenschuld nur die normale Verzinsung eines Kapitales umfasste, die tatsächlich ziffernmässig bei

Eingehung des Vertrages nicht mit Sicherheit festzustellen war, hat das Gericht diese Verpflichtung als zulässig erklärt. Man bedenke immerhin, dass bei einem Anfangszinssatz von 5 % durch jede Heraufsetzung desselben um 1 % die Haftungssumme des Bürgen um $^1/_5$ erweitert wurde. Wir haben uns nun aber die Frage vorgelegt für den Normalfall der Verbürgung eines Kapitales nebst Zinsen, also nicht nur, wie in dem soeben angeführten Falle, für die Verbürgung von Zinsen allein. Da hat eine Heraufsetzung des Zinsfusses für die Kreditschuld, selbst um mehrere Prozente, einen verhältnismässig viel geringeren Einfluss auf die Bürgenschuld. Wenn dazu noch, wie wir oben erwähnt haben, stipuliert wird, dass der Zinsfuss nur entsprechend der Änderung des offiziellen Diskontsatzes der Nationalbank von der Bank heraufgesetzt werden dürfe, kann von willkürlicher und unvorhergesehener Erhöhung desselben keineswegs die Rede sein.

Es ist richtig, wie das Gericht bemerkt, dass von der ziffernmässigen Höhe der vom Bürgen nach Art. 499 Abs. 3 allenfalls mitzubezahlenden Vertragszinsen im Gesetz nichts gesagt wird. Doch könnte man unseres Erachtens mit der gleichen Berechtigung annehmen, dass diese Bestimmung dem zwingenden Erfordernis von Art. 493 unterstellt sei, da besonders auch eine Ausdehnung der Haftung des Bürgen auf mehrere Jahreszinse wegen der nachgiebigen Natur des Art. 499 ohne weiteres möglich ist.

Doch vom wirtschaftlichen Standpunkt aus wäre es eben unmöglich, vom Gläubiger, insbesondere von einer Bank, zu verlangen, dass sie sich auf Jahre hinaus zu einem bestimmten Zinsfuss verpflichten müsse. Es zeigt sich gerade hier, dass die in der Literatur vielfach kritisierte Auslegung des Art. 493 seitens des Bundesgerichtes keineswegs zu weit ist. Hinsichtlich des eben besprochenen Falles muss sogar diese nochmals erweitert werden, damit sie den wirtschaftlichen Anforderungen völlig zu entsprechen vermag.

### C. Maximalhaftungsbetrag und Kreditlimite.

Aus dem bis dahin Gesagten geht hervor, dass bezüglich der Anwendung von OR Art. 499 und der Lösung der mit dieser Bestimmung zusammenhängenden Fragen keine Einstimmigkeit herrscht. Die Banken sind daher schon längst dazu übergegangen, den Höchstbetrag der Haftung des Bürgen von vornherein höher anzusetzen als den Betrag, bis zu welchem dem Hauptschuldner Kredit eröffnet wird. Diese Differenz beträgt in der Regel 20 %, so dass beispielsweise bei einem dem Hauptschuldner gewährten Kredit von Fr. 10,000 vom Bürgen eine Verhaftung auf maximal Fr. 12,000 verlangt wird. Diese letztere Summe wird dann von der Bank praktisch als Höchstbetrag der Haftung des Bürgen betrachtet, wodurch sich alle weiteren Diskussionen bezüglich einer Überschreitung dieser Summe durch Zinsen, Provisionen und Kosten erübrigen.

Dafür entstand in der Bankpraxis eine weitere Streitfrage, indem einerseits behauptet wird, dass diese 20 %, der Betrag, um welchen die Bürgenschuld höher ist als die Kreditlimite, nur für die Haftung für Zinsen, Provisionen und Kosten der Kreditschuld bestimmt sei, und anderseits eine Auffassung dahin geht, dass die Haftung des Bürgen innerhalb dieser 20 % auch Kreditüberschreitungen umfasse. Unseres Erachtens ist der letzteren der Vorzug zu geben. Es müsste schon eine besondere Klausel im Bürgschaftsvertrage stehen, die speziell auf diesen Unterschied des Bürgschafts- und Kreditbetrages aufmerksam macht und dessen Zweck erläutert. Wir fanden nur im Formular einer Zürcher Bank eine dahingehende Abmachung, die folgendermassen lautet: «Der Unterzeichnete verpflichtet sich, der Bank für eine allfällige Überschreitung des obigen Kredites zu haften, soweit diese Überschreitung herrührt aus laufenden Zinsen, oder aus während eines oder mehreren Jahren verfallenen Zinsen, oder aus Provisionen, oder aus anderen Spesen irgendwelcher Art. Diese Haftung geht bis zu 20 % des verbürgten Betrages, das sind Fr. ...,..., wodurch sich die gegenwärtige

Bürgschaftsverpflichtung auf Fr. ..... erhöht, vorbehältlich der Bestimmung des Art. 499 Abs. 1 des schweizerischen Obligationenrechts [1]).»

Bei allen den übrigen von uns untersuchten Formularen kann unseres Erachtens der Bürge, wenn er innerhalb des im Vertrage angegebenen Höchstbetrages seiner Haftung belangt wird, der Bank nicht entgegenhalten, dass es sich teilweise um eine Summe handle, die aus Kreditüberschreitungen zusammengesetzt sei, wofür er nicht einzustehen habe. Könnte er dieses, so würde sich daraus in einzelnen Fällen eine sehr ungleiche und unbillige Behandlung des Kreditnehmers ergeben. Wir kommen wieder zurück auf das oben angeführte Beispiel. Nehmen wir an, es seien zwei solche Kredite von Fr. 10,000 auf unbestimmte Zeit hin eröffnet worden. Der eine Kreditnehmer bezieht gleich zu Beginn Fr. 5000, benötigt aber darauf während fünf Jahren keine weiteren Kreditvorschüsse mehr. Die Zinsen, Provisionen und Kosten für diesen Betrag werden aber regelmässig kapitalisiert, so dass sich das Guthaben der Bank am Ende dieser fünf Jahre auf Fr. 6500 bis 7000 erhöht hat. Möchte nun dieser Kreditnehmer nach diesen fünf Jahren seinen Kredit voll ausnützen, so dürfte ihm die Bank nur noch einen Vorschuss von wenig mehr als Fr. 3000 gewähren, ansonst der Bürge seine Haftung für die Überschreitung der Kreditlimite ablehnen würde. Dieser erste Kreditnehmer, nennen wir ihn A, hat nun in Wirklichkeit einen um Fr. 2000 geringeren Kredit erhalten als der andere Kreditnehmer B, der gleich nach Eröffnung des Kredites einen Bezug von Fr. 10,000 gemacht hatte.

Damit dürfte erklärt sein, warum wir einer solchen Differenz zwischen der Kreditlimite und dem Bürgschaftsbetrag keine besondere Bedeutung in diesem Sinne zumessen möchten.

---

[1]) Dieser letzte Vorbehalt bezieht sich auf die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners, wodurch selbst der um 20% erhöhte Haftungsbetrag überschritten werden könnte.

### D. Die Haftung für kapitalisierte Zinsen.

In sehr vielen Formularen ist die Abrede enthalten, dass der Bürge auch einzustehen habe für Zinsen, Provisionen und Kosten, soweit dieselben bei den Kontokorrentabschlüssen zum Kapital geschlagen werden, auch wenn dadurch der verbürgte Kapitalbetrag überschritten werde. Bei jedem Rechnungsabschluss werden die errechneten Zinsen und Spesen als Posten im Konto eingesetzt und durch die Saldoziehung und Anerkennung der zur Prüfung zugesandten Rechnungsauszüge noviert. Dadurch entsteht eine einheitliche Kapitalschuld. Wir sind hier mit Margot (108) vollständig einverstanden, wenn er schreibt: « Juridiquement les intérêts calculés pour la période antérieure, n'existent plus. Il n'y a plus qu'un ensemble homogène et indivisible.» Es scheint uns auch bemerkenswert, womit er die Bedeutung dieser Erscheinung hervorzuheben versucht. Er führt an der gleichen Stelle folgendes aus: OR Art. 314 stellt das Verbot des Zinseszinses auf. Diese sehr wichtige, zum Schutze des wirtschaftlich Schwächeren aufgestellte zwingende Vorschrift wird vom Gesetzgeber selber nur durchbrochen, weil er die Folge der Neuerung der im Kontokorrent eingesetzten Posten durch die Saldoziehung voll und ganz anerkennt.

Wir erwähnen ferner dazu einen Entscheid des bernischen Appellationshofes [1]). Tatbeständlich lag eine Verbürgung für eine Kreditschuld bis zum Betrage von Fr. 20,000 vor, nebst vollem Zinsausstand und Folgen. Der von der Bank eingeforderte Kreditsaldo belief sich auf Fr. 22,804, der dadurch entstanden war, dass die ausstehenden Zinsen bei den jeweiligen Rechnungsabschlüssen zum Kapital geschlagen wurden. Das Gericht ist der Auffassung, dass diese dadurch ihre Natur als Zinsen verloren hätten und somit die Bank nur den Betrag von Fr. 20,000, nebst dem seit der letzten Saldoziehung ausstehenden Zinse einfordern könne. Die Bürgen könnten nicht für einen höheren Kapitalbetrag als Fr. 20,000

[1]) ZBJV 52 134 ff.

in Anspruch genommen werden, da sie eben ihre Haftung auf diese Kreditlimite beschränkt hätten.

Das Berner Obergericht stützt sich hier auf ein Urteil des Bundesgerichtes [1]), wo es sich um eine gleichlautende Verpflichtung handelte wie im soeben angeführten Entscheide, und wo der Bürge wegen Unkenntnis jener Novationswirkung der Bank eine den verbürgten Höchstbetrag übersteigende Summe bezahlt hatte. Das Gericht anerkannte darin einen Rechtsirrtum, der zur Begründung einer condictio indebiti geeignet sei. Die Bank musste daher dem Bürgen die um den Höchstbetrag seiner Haftung grössere Summe als eine erhaltene Nichtschuld zurückgeben.

Die Bedeutung, welche von der Rechtsprechung diesem kontokorrentrechtlichen Vorgange beigemessen wird, mag mit den beiden hier angeführten Entscheiden genügend hervorgehoben worden sein.

Die Banken haben allerdings auch hier den Weg gefunden, der ihnen erlaubt, praktisch dasselbe Resultat erzielen zu können. Von einem bestimmten Zeitpunkte an, wenn etwa Zweifel an der Zahlungsfähigkeit des Hauptschuldners aufkommen, werden die Zinsen (auch Provisionen und Kosten) nicht mehr in der Rechnung als Posten eingesetzt. Der Saldo enthält diese somit nicht mehr, wodurch sie auch nicht noviert und kapitalisiert werden. Dem Kreditschuldner werden nun jeweils Rechnungsauszüge zugeschickt, worin der Kontokorrentsaldo und die verfallenen Zinsen getrennt angeführt werden. Eine für die Banken nachteilige Folge des Kontokorrentrechtes wird dadurch umgangen. Ein rechtlicher Einwand mag hier kaum zu erheben sein. Es besteht keine gesetzliche Pflicht, wonach bei der Kontokorrentrechnung die Zinsen zum Kapital geschlagen werden müssten, denn OR Art. 314 Abs. 3 gibt ja nur die Berechtigung dazu.

---

[1]) BGE *40* ² 249 ff.

## II. Die Haftung für zeitlich vor Eingehung des Bürgschaftsvertrages entstandene Schulden.

Es erweist sich als notwendig, einer schon in § 3 unserer Abhandlung kurz gestreiften Frage noch unsere Aufmerksamkeit zu widmen. Wir haben dort angeführt, dass es nach der Praxis des Bundesgerichtes der Bank nicht erlaubt sei, Schulden, die zeitlich vor Eingehung der Bürgschaft entstanden sind, auf das verbürgte Konto zu übertragen, wenn der Text des Bürgschaftsvertrages dahingehend abgefasst ist, dass es sich um die Verbürgung eines Kredites handle, der künftig dem Hauptschuldner eröffnet werde.

Unfehlbar ist der Bürgschaftsvertrag in diesem Sinne auszulegen, wenn er unmittelbar im Hinblick auf einen besonderen Krediteröffnungsvertrag eingegangen wurde, sei es, dass entweder im Text besonders auf diesen Umstand hingewiesen wird oder dass er zusammen mit diesem abgeschlossen wurde [1]). In diesem Falle muss die Verpflichtung auch nach Auffassung des Bundesgerichtes so ausgelegt werden, dass hier nach den Grundsätzen über Treu und Glauben der Bürge nur für Kreditschulden einzustehen hat, die nach Eingehung des Bürgschaftsvertrages entstanden sind.

Oft ist aber der Text der Bürgschaftsformulare in dieser Hinsicht absichtlich etwas unbestimmt abgefasst, da eben eine Bank einen solchen Vertragstypus schaffen möchte, der auf möglichst viele der Kreditgeschäfte gegen Bürgschaft angewendet werden kann. Da es sich aber mehrheitlich darum handeln wird, dass eine Bürgschaft für künftige, nicht für schon bestehende Schulden eingegangen wird, ist in der Regel der Wortlaut der Formulare eher auf diesen Fall abgestimmt. Wir gehen daher nicht völlig einig mit dem Bundesgericht, wenn es hier ohne weiteres eine Täuschungsabsicht der Bank annimmt wie im Entscheide vom Jahre

[1]) Z. B. unter Verwendung eines Doppelformulars, welches den Krediteröffnungsvertrag und den Bürgschaftsvertrag enthält. Man vgl. die Angaben auf Seite 45.

1931 [1]), wo diese ein solches Formular unterschreiben liess, trotzdem es sich um die Verbürgung einer schon bestehenden Schuld handelte.

Es ist allgemein einmal anzuführen, wann ein Bürge die Einrede des Betruges einer Belangung durch den Gläubiger entgegenhalten kann. Das Bundesgericht hebt in einem früheren Entscheide [2]) hervor, dass zum zivilrechtlichen Betrug, zur absichtlichen Täuschung neben der Irrtumserregung, Rechtswidrigkeit, Absichtlichkeit und ein Kausalzusammenhang zwischen Irrtum und Vertragsabschluss gehöre.

Wir greifen besonders zur näheren Untersuchung das Erfordernis der Rechtswidrigkeit heraus. Bezüglich derselben gehen Doktrin und Praxis im allgemeinen davon aus, dass diese grundsätzlich grösser ist, wenn positive Tatsachen behauptet, als wenn Tatsachen verschwiegen werden. In diesem früheren Falle handelte es sich tatbeständlich nicht um ein Verschweigen, sondern es wurden von seiten der Bank positiv unrichtige Angaben über die Hauptschuld und namentlich über deren Sicherstellung im Bürgschein gemacht. Dabei handelte es sich nicht um ein übliches, mit ergänzenden Angaben ausgefülltes Bürgschaftsformular, sondern um eine dazu eigens aufgesetzte, besondere Urkunde, wo speziell die anderweitigen Sicherheiten in einer Art und Weise hervorgehoben wurden, dass im Bürgen unfehlbar die Meinung aufkommen musste, der Kredit sei durch Wertschriftenhinterlagen vollständig gedeckt. Es war aber bei Abschluss der Bürgschaft der betreffenden Bank bekannt gewesen, dass diese anderweitigen Sicherheiten vollständig wertlos waren. Es lag

---

[1]) Pra *20* 326 ff.

[2]) BGE *38* [2] 614, dazu lesen wir in einem noch früheren Entscheide folgendes (*25* [2] 575): «Nur dann liegt eine unerlaubte Handlung, ein Betrug des Gläubigers allerdings vor, wenn dieser in täuschender Absicht dahin wirkt oder dazu mitwirkt, den Bürgen durch Verheimlichung oder Entstellung erheblicher Umstände zur Eingehung der Bürgschaft, die er ohne diese Täuschung nicht eingehen würde, zu verleiten.»

hier demnach eine absichtliche Irreleitung der Bürgen durch die Bank vor.

Im Entscheide aus dem Jahre 1931 wird der Bank in der Hauptsache eine Unterlassung zur Last gelegt, d. h. eine Verschweigung der strafbaren Handlung, die sich der Hauptschuldner zuschulden kommen liess durch Ausstellung fiktiver Tratten. Nach dem vorhin Gesagten ist somit die Rechtswidrigkeit bei absichtlicher Täuschung allgemein kleiner. Es ist sogar sehr fraglich, ob im besondern Falle der Bürgschaft eine Verschweigung dieser Art überhaupt als rechtswidrig betrachtet werden darf [1]). Wir sind hier derselben Ansicht Toblers [2]), dass es sicher zu weit führt, den Gläubiger haftbar machen zu wollen, wenn er dem Bürgen Umstände verschweigt, bei denen er annehmen muss, dass sie den wissenden Bürgen von der Eingehung der Bürgschaft abhalten würden [3]).

Eine Mitteilungspflicht des Gläubigers bei der Bürgschaft wird allgemein verneint, denn dieser will sich ja gerade gegen eine Unzuverlässigkeit des Hauptschuldners sichern. Der Bürgschaftsvertrag setzt eigentlich seiner Natur nach vor allem ein Vertrauensverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner voraus. Der Gläubiger kann daher annehmen, dass tatsächlich ein solches besteht, auf Grund dessen dem Bürgen die persönlichen und finanziellen Verhältnisse des Hauptschuldners bekannt sind. Den Gläubiger gewissermassen für die Dummheit des Bürgen, der sich ungenügend über die Qualitäten des Hauptschuldners vergewissert hat, verantwortlich machen zu wollen, heisst entschieden den Schutz des Bürgen übertreiben.

[1]) In einem ähnlichen Falle, der im Jahre 1915 vor Bundesgericht entschieden wurde, hat dieses übrigens den Anspruch der gläubigerischen Bank geschützt, trotzdem der Hauptschuldner Wechsel gefälscht hatte, und die Bank, obwohl sie dieses sehr wahrscheinlich wusste, den Bürgen diesen Umstand verschwiegen hatte. (BGE *41* ² 52 ff.).

[2]) *Tobler* 118 Note 1.

[3]) BlZüR *16* 137.

Wir setzen uns damit nicht in Widerspruch mit dem, was wir in § 3 ausgeführt haben, wonach eine Bank den Bürgen über die Natur der Hauptschuld aufklären muss, da es sich gelegentlich um komplizierte und nicht leicht erkennbare Kreditverhältnisse handelt. Es ist wohl auseinanderzuhalten, dass es einmal um die Natur der Hauptschuld geht und ein andermal um die persönlichen und finanziellen Qualitäten des Hauptschuldners.

Der Bank wird ferner in diesem Entscheide vorgeworfen, ihr Organ habe den Bürgen zugesichert, dass die Verhältnisse der hauptschuldnerischen Firma gut seien und sie nichts zu riskieren hätten. Das Bundesgericht stützt sich hier auf Feststellungen der Genfer Gerichte, deren Richtigkeit von ihm nicht mehr geprüft werden konnte. Doch geht aus dem Entscheide hervor, dass die Berufungsklägerin gerade diese gestützt auf Aktenmaterial besonders zur Diskussion stellen wollte. Wir können uns daher auch nicht näher mit diesem Punkte befassen.

Schliesslich bleibt also noch die Tatsache übrig, dass der Text des Bürgschaftsformulars dahin lautete, die Verbürgung umfasse nur Kredite, die vom Zeitpunkt der Eingehung der Bürgschaft an dem Schuldner gewährt werden. Dazu machen wir auf die allgemein zu konstatierende Tendenz aufmerksam, dass vielfach von seiten der Gerichte, wenn sich eine Bank auf Bürgschaftsverträge beruft, die zu ungunsten des Bürgen wirken würden, in diesem Sinne argumentiert wird, es sei den Vertragsabreden nur eine geringere Bedeutung beizumessen, wenn es sich um den stereotypen Text eines Formulars handle [1]).

Es wird darin meist keine besondere Abmachung erblickt. Im vorliegenden Falle dieser Genfer Bank aber wird dem Text eines solchen vorgedruckten Formulares die ausdrückliche Bedeutung beigelegt, dass durch den Wortlaut dieses die Bank den Bürgen absichtlich getäuscht habe. Diesem

[1]) Man vgl. S. 37 und 87.

Umstand ist von seiten des Bundesgerichtes gar keine Beachtung geschenkt worden, obschon ihm objektiv viel mehr Gewicht hätte beigelegt werden sollen. Es könnte daher unseres Erachtens der Bank hier nur Unachtsamkeit, keineswegs ein schwer fahrlässiges Geschäftsgebaren vorgeworfen werden.

Die meisten Kreditinstitute sind aber heute dazu übergegangen, die Bürgschaftsformulare entweder generell so abzufassen, dass der Bürge auch schon für bestehende Schulden einzustehen hat, oder in einer speziellen Klausel das Einverständnis des Bürgen vorzumerken, dass die Bank befugt sei, den Saldo bisheriger Rechnungen des Kreditnehmers von bestimmtem Betrage auf die durch die Bürgschaftsverpflichtung sichergestellte Rechnung zu übertragen.

Nach der Auffassung Margots wäre es eigentlich gar nicht notwendig, mit dem Bürgen eine dahingehende ausdrückliche Abmachung zu treffen, da dieser ohne gegenteilige Abrede ohne weiteres für schon früher entstandene Schulden haften müsse, und zwar besonders aus den zwei folgenden Gründen [1]):

Da einmal der Bürge nicht Partei ist im Krediteröffnungsvertrag, kann der Schuldner, wenn der Bürge nicht eine besondere Verwendung des Kredites für seine Haftung zur Bedingung gestellt hat, diesen neu eröffneten Kredit nach Belieben verwenden, so insbesondere auch zur Bezahlung früherer Schulden an den Gläubiger.

In diesem Falle könnte also, selbst wenn die Bürgschaft unmittelbar in Verbindung mit einem Krediteröffnungsvertrage, wo der Bürge ganz ausdrücklich nur künftig zu gewährende Kredite verbürgen will, die Bank eine solche Buchung vornehmen und die verbürgte Rechnung mit einem früheren Guthaben belasten. Eine spezielle Verwendung des Kredites wurde ja hier nicht stipuliert. Der Bürge könnte somit seine Haftung nur dann ablehnen, wenn er

---

[1]) *Margot* 84 ff.

beispielsweise die Bürgschaft speziell nur für einen Baukredit übernommen hätte. Wenn auch dieses von Margot angeführte Argument teilweise begründet sein mag, so lehnen wir es doch ab, weil eben nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr unter Eröffnung eines Kredites etwas anderes verstanden wird, wie wir wiederholt schon erwähnt haben.

Der zweite Grund, den Margot anführt, ist der, dass eine Unterscheidung zwischen alten und neuen Schulden im Kontokorrentverkehr nicht existiert. Der Bürge weiss, dass er einen Kontokorrentsaldo verbürgt, daher muss er sich auch den Regeln unterstellen, die diese Materie beherrschen.

Es dürfte hier kaum notwendig sein, näher auf diesen Punkt einzutreten. Wir haben bis dahin verschiedentlich gesehen, wann die Besonderheiten des Kontokorrentrechtes bei solchen Fragen von Bedeutung sind und wann nicht. Das Bundesgericht setzt sich ohne weiteres darüber hinweg, wenn eben Gründe vorliegen, wonach eine Berufung auf diese Grundsätze missbräuchlich wäre, da laut Vertrag etwas anderes verabredet wurde.

Wir sind daher doch der Meinung, dass im Vertrag darauf aufmerksam zu machen ist, wenn der Bürge auch für schon bestehende Schulden einstehen soll. Dabei ist eine besondere Abmachung bezüglich dieses Übertrages der alten Rechnungsguthaben auf das neue, nun verbürgte Konto nicht notwendig, da sich dieses aus einer generellen Klausel von selbst ergibt.

## § 7.

## Rechte und Pflichten des Gläubigers.

Im Gesetz suchen wir vergeblich nach einer Aufzählung oder einer Angabe der Rechte des Gläubigers. Das Gesetz nennt nur gewisse Pflichten des Gläubigers, die aber eigentlich nur Voraussetzungen zur Geltendmachung seiner Rechte darstellen. Das Schwergewicht der Verpflichtung liegt auf seiten des Bürgen, wogegen der Gläubiger fast ausschliesslich nur berechtigt wird. Diese ungleichmässige Verteilung

von Rechten und Pflichten unter den Vertragsparteien ergibt sich aus der zufällig zweiseitigen Vertragsnatur der Bürgschaft. Primär und wesentlich ist ihr die Verpflichtung des Bürgen, dessen Einstehen für eine fremde Schuld. Dieser Verpflichtung steht entsprechend das Recht des Gläubigers auf Zahlungsanspruch gegenüber.

Dieser Besonderheit des Bürgschaftsvertrages entsprechend ergibt sich auch für unsere Darstellung der Rechte und Pflichten des Gläubigers im Bankverkehr eine besondere Einteilung des Stoffes. Es erübrigt sich, hier auf die aus dem Bürgschaftsvertrage als solchen sich ergebenden allgemeinen Rechte des Gläubigers einzutreten. Es müsste sonst ausschliesslich schon Gesagtes in anderer Form wiederholt werden. Wir untersuchen daher zuerst anhand der Bestimmungen des Gesetzes die dem Gläubiger als Voraussetzung zur Geltendmachung seiner Rechte überbundenen Pflichten und anschliessend daran, in welchen Beziehungen die gläubigerische Bank im Bürgschaftsvertrag sich noch besondere Rechte vorbehält.

## I. Pflichten des Gläubigers.

### A. Pflicht zur Herausgabe der Beweismittel.

Nach Art. 508 OR ist der Gläubiger verpflichtet, dem ihn befriedigenden Bürgen die zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Urkunden und die bei ihm hinterlegten Pfänder herauszugeben. Es handelt sich hier um eine Ergänzungsbestimmung zum Subrogationsartikel 505. Der Übergang der Gläubigerrechte allein würde dem Bürgen praktisch wenig nützen, da eine Beschreitung des Regressweges ohne Hilfe der Beweismittel schwierig sein dürfte.

Auf die Subrogation als dem gesetzlichen Forderungsübergange können analog die Zessionsbestimmungen angewendet werden, soweit nach Gesetz oder aus der Rechtslage sich nichts Abweichendes ergibt. Der dem Art. 508 entsprechende Art. 170 Abs. 2 OR bestimmt etwas ausführlicher, was der Abtretende dem Erwerber, in unserem Falle der Gläubiger

dem Bürgen, herauszugeben hat. Nämlich einmal die Schuldurkunde und ferner alle übrigen vorhandenen Beweismittel. Bei Bürgschaften für Bankkredite in laufender Rechnung gelten als Urkunden in diesem Sinne auch die Richtigbefundanzeigen, welche der Schuldner bei den Rechnungsabschlüssen nach Bestätigung seines Schuldbetrages der Bank wiederum unterzeichnet zusendet. In einigen Formularen ist ausdrücklich eine dahingehende Klausel enthalten: «Die Kontokorrentauszüge sollen als Schuldanerkennung sowohl des Hauptschuldners selbst, als auch des Bürgen im Sinne des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes gelten.» Wichtigstes Beweismittel bei der Bürgschaft ist natürlich der Bürgschein selber.

Der Anspruch auf Herausgabe der Beweismittel erwächst dem Bürgen mit der Zahlung. Die Anwendung von OR Art. 82 scheint aber hier nicht gegeben, da es sich bei der Bürgschaft in keiner Weise um synallagmatische Vertragsverpflichtungen handelt. Der Art. 508 muss aber ausdehnend dahin ausgelegt werden, dass der Gläubiger, gleich wie der Zedent, nach Art. 170 Abs. 2 zur Erteilung der zur Geltendmachung der Forderung nötigen Auskünfte verpflichtet ist, da insbesondere nach Eingehung der Bürgschaft zwischen Gläubiger und Hauptschuldner Umstände eintreten können, die zu erfahren der Bürge ein Interesse hat [1]).

### B. Pflicht zur Herausgabe der Pfänder.

Der Art. 508 bestimmt ferner, dass der Gläubiger dem zahlenden Bürgen, wie oben erwähnt, auch die bei ihm hinterlegten Pfänder herauszugeben hat. Durch die bei der Zahlung der Bürgenschuld eintretende Subrogation gehen ipso iure mit der Forderung verknüpfte Pfandrechte auf den Bürgen über. Die Herausgabe der Pfandsache verschafft daher dem Bürgen nur noch den Pfandbesitz und ist somit für den Übergang des Gläubigerrechts nicht konstitutiv. Gleiches gilt für die Grundpfandrechte. Auch hier hat entsprechend der Heraus-

[1]) *v. Tuhr* ZSchwR *42* 41 ff.

gabe bei den Faustpfändern der Eintrag im Grundbuch nicht konstitutive Wirkung [1]). In Art. 508 Abs. 2 kann daher unter den, vom Gläubiger für den Übergang des Grundpfandrechtes erforderlichen Handlungen nur der deklarative Eintrag im Grundbuch gemeint sein, da eben tatsächlich der Übergang bereits vorher stattgefunden hat.

Nach v. Tuhr [2]) kann der Bürge die Zahlung verweigern, wenn der Gläubiger ihm die Pfandsache nicht Zug um Zug anbietet. Dies ergebe sich nicht aus OR Art. 82, sondern das Recht des Bürgen auf den Besitz der Pfandsache entstehe aus seiner Zahlung und nicht aus dem Vertrag. Die Subrogation sei ferner aus dem römischen beneficium cedendarum actionum entstanden und könne als Verstärkung dieses Rechtsmittels dem Bürgen keine schlechtere Stellung gewähren. Nach römischem Recht aber habe der Bürge nicht anders als gegen Herausgabe der Pfandsache zu zahlen brauchen. Diese Argumentation scheint uns überzeugend. Man könnte dadurch fast geneigt sein, gleiches für die Herausgabe der Beweismittel anzunehmen [3]).

Schwierigkeiten können auch hier wiederum entstehen bei einer teilweisen Befriedigung des Gläubigers. Es findet ebenfalls ein entsprechender teilweiser Übergang der Pfandrechte statt. Nach der herrschenden Meinung ist aber dem gläubigerischen Pfandrechte der Vorzug zu geben aus der Überlegung, dass es sich doch nicht um völlig gleichartige Pfandrechte handle, da auch, nachdem der Bürge seiner Zahlungspflicht nachgekommen sei, die Forderung des Gläubigers in dieser Hinsicht privilegiert bleibe [4]). Die Beweismittel kann in diesem Falle der Bürge nur insoweit herausverlangen, als sie der Gläubiger nicht benötigt, ferner

[1]) *Wieland* ZGB Art. 835 Bem. 1, *Gmür* daselbst Bem. I 1. Man vgl. auch BGE *45* [2] 664.

[2]) ZSchwR *42* 112.

[3]) *Tobler* 114 spricht sich dagegen aus.

[4]) *v. Tuhr* ZSchwR *42* 107, *Vischer* 41, *Becker* Art. 110 Bem. 8. Dies entspringt aus der teilweisen Anerkennung des Satzes «nemo subrogat contra se».

hat er nur Anspruch auf Quittungsvermerk auf dem Bürgschein für seine Teilzahlung [1]).

### C. Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen.

Alle diese bis dahin erwähnten Wirkungen werden nun im Bankverkehr eingeschränkt durch die in der Folge zu besprechende Klausel, die in jedem Bürgschaftsformular enthalten ist, bezüglich des Art. 509 Abs. 1. Diese Bestimmung enthält eine Vorwirkung zu den Art. 508 und 505 OR, indem darin der Gläubiger dem Bürgen verantwortlich gemacht wird, wenn er zu dessen Nachteile die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder die nachträglich erlangten und ausschliesslich für die verbürgte Forderung bestimmten anderweitigen Sicherheiten vermindert, oder wenn er sich der vorhandenen Beweismittel entäussert.

Wir schicken hier zunächst eine allgemeine Bemerkung voraus über die sogenannte Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen. Der Gesetzestitel über die Bürgschaft im schweizerischen Obligationenrecht enthält keine Bestimmung, woraus eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers abgeleitet werden könnte. In der Literatur [2]) wurde allerdings über diese Frage gestritten. Doch geht heute die herrschende Meinung dahin, dass eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers abgelehnt werden müsse, da sonst die Bürgschaft für den Verkehr fast wertlos würde, weil unter diesem Begriff doch ein Mehr verstanden werden müsse als ein Handeln nach Treu und Glauben.

Das Gesetz kennt nur eine spezielle Diligenzpflicht im Sinne von Art. 509 Abs. 1. Verglichen mit der entsprechenden Bestimmung des alten OR Art. 508 enthält der geltende Artikel folgende zwei, für uns besonders interessante Abweichungen:

---

[1]) Desgleichen der Mitbürge, der nur seinen Teil bezahlt.

[2]) Man vgl. Näheres darüber bei *Tobler* 115.

1. Nach geltendem Recht ist es gleichgültig, von wem diese anderweitigen Sicherheiten bestellt wurden, entgegen der alten Fassung, wo es hiess «... die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangten ...». Die Verantwortlichkeit des Gläubigers bezieht sich also heute auch auf Sicherheiten, die von Dritten für die hauptschuldnerischen Schulden bestellt wurden.

2. Die Diligenzpflicht des Gläubigers umfasst nach Art. 509 nur noch die nachträglich erlangten anderweitigen Sicherheiten, wenn diese *ausschliesslich* für die verbürgte Forderung bestimmt wurden.

Diese Änderungen, namentlich die zweite, wurden vorgenommen mit Rücksicht auf eine anlässlich der Gesetzesrevision gemachte Eingabe des Verbandes zürcherischer Kreditinstitute, worin folgendes ausgeführt wurde [1]): Da die Banken in ihren Faustpfandverschreibungen die Bestimmung haben, dass das Pfandrecht auch als bestellt gelte für weitere Guthaben an den Verpfänder, welche zugunsten der Bank entweder bereits bestehen oder künftig entstehen werden, stelle sich im Hinblick auf den alten Art. 508 OR die Frage: Ob, wenn der Schuldner eines Bürgschaftsdarlehns später beim gleichen Institut ein Darlehn gegen Hinterlage von Wertschriften erhebt, diese Hinterlage unter die vom Hauptschuldner nachträglich erlangten Sicherheiten falle und bei Liquidation des Faustpfanddarlehns diese nur mit Zustimmung des Bürgen des früher erhobenen Bürgschaftsdarlehns aushingegeben werden dürfen.

Der Eingabe entsprechend erhielt die Bestimmung den heute nun geltenden Wortlaut.

Fick stellt dazu die Frage [2]), ob nun der Gläubiger über die nicht ausschliesslich für die verbürgte Forderung be-

[1]) «Anträge und Anregungen zum Gesetzesentwurfe ... eingereicht von den Sektionen des schweizerischen Handels- und Industrievereins.» Zürich 1907 15 ff. Prot. der Exp Komm vom 20. Oktober 1908 7.

[2]) *Fick* Art. 509 Note 39.

stellten Pfänder nach Belieben verfügen könne. Er verneint es. Sind nämlich die übrigen nicht verbürgten Schulden bezahlt worden, so muss der Gläubiger das Pfand an den Bürgen herausgeben, was uns grundsätzlich auch richtig erscheint.

Unter «Sicherheit» ist nun allgemein die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen zu verstehen, die dem Gläubiger eine Gewähr für die Befriedigung seiner Forderung bieten [1]). Dazu gehören namentlich gläubigerische Pfandrechte, dann Vorzugsrechte wie Konkursprivilegien und Eigentumsvorbehalte, ferner Wechsel, die ausser der Unterschrift des Hauptschuldners noch Unterschriften Dritter tragen, da solche dem Bürgen einen Regressvorteil verschaffen können, und endlich Mitbürgen oder Solidarschuldner [2]).

Die Verminderung der anderweitigen Sicherheiten muss dem Bürgen nachteilig sein. Ein solcher Nachteil muss einerseits wirtschaftlich sein und anderseits ein Verhalten des Gläubigers zugrunde haben, welches objektiv eine Verletzung der Rechtspflicht darstellt. Eine Verminderung ist insbesondere in jedem Aufgeben und Verändern dieser Sicherheiten zu erblicken, wodurch ihr Wert als Deckung der Forderung herabgesetzt wird [3]).

Eine Verantwortung des Gläubigers im gleichen Sinne wie für die Verminderung anderweitiger Sicherheiten ist nach einem Urteil des Bundesgerichtes [4]) auch dann anzunehmen, wenn der Gläubiger bei Entgegennahme der Bürgschaft stillschweigend zugesichert hat, er wolle für die vom Hauptschuldner versprochene Bestellung eines Pfandes besorgt sein, und nun in der Folge diese Pfandbestellung nicht erfolgte.

---

[1]) BGE *26* [2] 251.

[2]) Genauere Angaben darüber bei *Stooss* ZBJV *47* 530 ff., *Fick* Art. 509 Noten 16—31, *Tobler* 123 ff.

[3]) Eine Verminderung von Sicherheiten liegt aber nicht vor bei einer neuen Kreditgewährung, *Fick* Art. 509 Note 54.

[4]) BGE *48* [2] 375.

Die Auslegung dieser Gesetzesbestimmung geht in der Rechtsprechung eher weit. So kann namentlich auch aus den Umständen geschlossen werden, dass im einzelnen Falle die anderweitigen Sicherheiten ausschliesslich für die verbürgte Forderung haften sollen. Wir führen dazu einen Entscheid des bernischen Appellationshofes an, dem wir im wesentlichen folgendes entnehmen [1]): Die Bank hatte einen Verlust von Fr. 30,000 im Konkurse eines Kreditnehmers erlitten. Sie suchte den Bürgen dafür zu belangen, wogegen dieser aber, gestützt auf Art. 509 Abs. 1, Einspruch erhob. Die Höchsthaftung des Bürgen betrug ursprünglich Fr. 45,000. Da der Hauptschuldner Pfänder zurückzog, tat der Bürge der Bank den Willen kund, seine Haftung entsprechend der Deckungsverminderung auf Fr. 30,000 herabzusetzen. Eine Abänderung des Bürgschaftsaktes fand nicht statt, sondern von seiten der Bank wurde daraufhin nur entsprechend der Kredit herabgesetzt. Darin konnte nach Auffassung des Gerichtes der Bürge eine Annahme seiner Erklärung erblicken. Als ein Jahr später anlässlich einer Krediterhöhung die Bank nun erklärte, sie nehme die schon für die bisherige Schuld haftenden Pfänder nebst einigen neu bestellten als Hinterlage für den neuen Kredit, habe sie auf diese Weise die zugunsten des Bürgen geschaffene Rechtslage nicht einseitig abändern können. Das Gericht kommt demnach zum Schluss, dass die verbürgte Forderung aus den Pfändern hätte getilgt werden können und eine Haftung der Bank für Verminderung derselben nach Art. 509 Abs. 1 gegeben sei.

Die Voraussetzungen für den Eintritt der Wirkungen dieser Bestimmung sind also schon erfüllt, wenn der Gläubiger die ihm erkennbare Absicht des Bürgen stillschweigend bestätigt, nur dann für die verbürgte Forderung einzustehen, wenn noch anderweitige Sicherheiten dafür haften.

Die Bestimmung von OR Art. 509 Abs. 1 hemmt, auch in ihrer revidierten Fassung, sehr erheblich eine Bank in ihren

---

[1]) In Sachen SBV gegen X. K., 1927.

Dispositionen. Die Banken verlangen daher fast regelmässig in ihren Bürgschaftsformularen vom Bürgen einen Verzicht auf sämtliche Einreden, die ihm aus dieser Bestimmung gegen sie erwachsen könnten. Ein solcher Verzicht ist ohne weiteres zulässig, da der Art. 509 nachgiebiges Recht enthält. Ein Kreditinstitut möchte sich namentlich das Recht vorbehalten, diese anderweitigen Sicherheiten zur Deckung anderer ihm gegen den Hauptschuldner zustehender Forderungen zu verwenden und somit dem Kreditnehmer auch einen neuen Kredit nebst dem Bürgschaftskredit eröffnen zu können. Die in den Verpfändungsakten enthaltenen generellen Klauseln, wonach eben die Pfänder nicht nur für den einen Kredit haften sollen, sondern für alle Forderungen, welche die Bank gegen den Hauptschuldner hat oder haben werde, genügt in diesem Falle nicht. Das Bundesgericht [1]) sagt dazu, dass hier die Versteifung auf den Wortlaut dieser Klausel an den Geboten von Treu und Glauben scheitere.

Anstatt eines Verzichtes auf Art. 509 Abs. 1 enthalten vielfach die Bürgschaftsformulare besondere Klauseln, die wegen ihres Wortlautes eher geeignet sind, dem Bürgen die Strenge seiner Haftung darzutun, als der Hinweis allein auf einen Gesetzesartikel. Deren Ausdrucksform ist verschieden, doch haben alle diese Klauseln denselben Endzweck und dieselbe Vertragswirkung im Auge [2]). Es soll dadurch eine von

---

[1]) BGE *48* [2] 210.

[2]) Solche Klauseln mögen beispielsweise lauten:

«Die vorliegende Bürgschaft besteht unabhängig von andern, für den gleichen Kredit vorgesehenen Sicherheiten, sowie von andern dem Hauptschuldner bereits gewährten oder noch zu gewährenden Krediten gegen Hinterlage oder Bürgschaft.» (Aus dem Formular einer Zürcher Bank.)

«Der Bürge verzichtet ausdrücklich darauf, aus einer eventuellen Realisierung der für die erwähnte Schuldsumme speziell und ausschliesslich haftenden Pfänder irgendwelche Einreden geltend zu machen.» (Aus dem Formular einer Berner Bank.)

«Die Bank ist ermächtigt, über anderweitige in ihren Besitz gelangte Sicherheiten ohne Einholung der Zustimmung des Bürgen nach Belieben zu verfügen, insbesondere auch zu verzichten. Der Bürge ist ausdrücklich damit einverstanden, dass die Bank solche

allen anderweitigen Sicherheiten vollständig unabhängige Bürgschaftsverpflichtung geschaffen werden. Die Klausel soll dem Bürgen zum Bewusstsein bringen, dass das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein derselben auf seine Haftung keinen Einfluss auszuüben vermag.

Trotz dieser Klausel entstehen aber im Verkehr nicht selten Konflikte, und zwar aus folgendem Grunde: Das Bestreben der Bank und des Hauptschuldners bei Vertragsabschluss mit dem Bürgen geht natürlich dahin, diesem die Gefahr seiner Inanspruchnahme durch Hervorhebung sämtlicher übrigen für die verbürgte Forderung haftenden Sicherheiten als möglichst gering darzustellen. Die Kenntnis des Bürgen von solchen anderweitigen Sicherheiten wird auf seine Verpflichtungsbereitschaft von nicht geringem Einfluss sein. Auf der andern Seite aber wird eben im Vertrage verabredet, dass der Bürge unabhängig von diesen anderweitigen Sicherheiten haften müsse.

Es ist klar, dass dem Bürgen sehr oft die Tragweite dieser Klausel bei Eingehung seiner Verpflichtung nicht bewusst ist, indem er eben besonders auf diese übrigen Sicherheiten aufmerksam gemacht wird und sich somit abhängig von denselben zu verpflichten glaubt. Es scheint uns daher in vielen Fällen zweifelhaft, ob sich die Bank auf diese Klausel im Formular stützen kann.

So wird beispielsweise am Ende solcher Bürgschaftsurkunden auch oft eine besondere Erklärung beigefügt, worin eben speziell gesagt wird, dass neben der vorliegenden Bürgschaft noch mehrere andere mit Namen genannte Bürgen für die Forderung haften und ferner bestimmte Pfänder dafür hinterlegt wurden.

Nehmen wir vier Bürgen an, mit vier verschiedenen im gleichen Sinne abgefassten Bürgschaftsurkunden. Jeder

---

Sicherheiten zur Befriedigung für einen allfälligen durch die Bürgschaft nicht gedeckten Teil ihrer Forderung verwende.» (Aus einem Bürgschaftsformular, das in gemeinsamer Beratung von Vertretern schweizerischer Grossbanken ausgearbeitet wurde.)

dieser vier Bürgen verpflichtete sich für maximal Fr. 5000, die Forderung der Bank beträgt jedoch Fr. 20,000. Kann die Bank nun wirklich jeden der Bürgen auf Fr. 5000 belangen, so dass sie für ihre ganze Forderung gedeckt wäre? Die Bürgen könnten hier mit Recht der Bank entgegenhalten, wenn sich diese auf die entsprechende Abrede im Bürgschaftsformular stützt, dass es sich eben um eine Klausel eines stereotypen Formulars handle, der daher an sich nicht die Bedeutung einer ausdrücklichen Abmachung beigelegt werden könne. Dadurch, dass die anderweitigen Sicherheiten noch besonders angeführt wurden, konnten nach Treu und Glauben die Bürgen annehmen, dass sie abhängig voneinander im Umfange des im Bürgschein angegebenen Maximalhaftungsbetrages haften. Zweifellos würde in einem solchen Falle ein Gericht den Bürgen recht geben. Die generelle Klausel eines solchen Formulars ist unseres Erachtens nur dann voll wirksam und gilt als ausdrücklich, wenn im Bürgen weder durch weitere Angaben in der Bürgschaftsurkunde selber, noch durch sonstige anderweitige Erklärungen die Vorstellung erweckt wird, dass er abhängig vom Bestand der übrigen Sicherheiten und nur zusammen mit diesen zu haften habe.

Wir stellen uns ferner dieselbe Frage für einen andern Fall. Angenommen, die Bank gewährt einen Kredit von Fr. 20,000. Es verpflichten sich dafür unabhängig voneinander zwei Bürgen je zur Hälfte dieses Kredites für maximal Fr. 10,000. Kann die Bank gestützt auf diese Klausel, wenn sie vom Hauptschuldner mit Fr. 5000 zu einem Viertel befriedigt wurde, vom einen Bürgen Fr. 10,000 und vom andern Bürgen die restlichen Fr. 5000 einfordern, oder kann der erste Bürge von der Bank verlangen, dass sie von jedem nur die Hälfte ihres ausstehenden Guthabens einfordert?

Vorerst untersuchen wir, ob Mitbürgschaft im Sinne des Gesetzes vorliegt, trotzdem die beiden Bürgen sich unabhängig voneinander verpflichtet hatten. Wir finden in Art. 497 Abs. 2 folgende Bestimmung: «Haben sie ausdrück-

lich mit dem Hauptschuldner oder unter sich Solidarhaft übernommen, so haftet jeder für die ganze Schuld mit verhältnismässigem Rückgriffe gegen die Mitbürgen.» Daraus ist ersichtlich, dass zur Mitbürgschaft die Mitbürgen nicht notwendig ihre voneinander abhängige Verpflichtung ausdrücklich dokumentieren müssen. Wenn jeder einzelne dieser Bürgen sich solidarisch mit dem Hauptschuldner verbürgt, so ist Mitbürgschaft im Sinne von OR Art. 497 Abs. 2 anzunehmen, ohne dass die Bürgen ausdrücklich unter sich Solidarhaft übernehmen, denn im Gesetzestext ist besonders dieses «oder» zu beachten. Demnach haftet jeder Bürge für die ganze Schuld mit verhältnismässigem Rückgriffe gegen die Mitbürgen.

In unserem Falle aber haben je die Bürgen ihre Haftung beschränkt auf maximal Fr. 10,000. Eine Haftung für die ganze Schuld von Fr. 20,000 kann somit auch jeder ablehnen. Der logische Schluss wäre nun eigentlich der, dass die Bürgen unter sich solidarisch haften auf Fr. 10,000, d. h. für die Hälfte der Schuld mit verhältnismässigem Rückgriff gegenseitig. Allein diese Lösung wollten bei Eingehung der Bürgschaft weder die Bank noch die Bürgen. Die Bank hätte ihren Kredit auf diese Weise nur zur Hälfte durch Bürgschaft gedeckt. Der Wille der Parteien ging vielmehr dahin, dass die Kreditschuld von Fr. 20,000 je zur Hälfte verbürgt wird. Der eine Bürge verbürgt die Hälfte A und der andere die Hälfte B. Unter sich stehen die Bürgen in diesem Falle da, wie wenn sie sich für zwei verschiedene Forderungen des Gläubigers je verpflichtet hätten. Ein Rückgriff besteht somit nicht, da auch keine Mitbürgschaft im Sinne von Art. 497 gewollt wurde. Wir kommen wieder auf unsere Annahme zurück, dass die Bank Fr. 15,000 noch ausstehend habe. Trotzdem wir soeben Mitbürgschaft für dieses Verhältnis abgelehnt haben, kann u. E. die Bank nicht von einem Bürgen Fr. 10,000 und vom andern Fr. 5000 einfordern, und zwar aus folgendem Grunde: Die einzig noch mögliche Konstruktion scheint uns die, dass jeder der Bürgen

für die Hälfte des jeweilen schuldigen Kreditsaldos haften will. Der Kreditsaldo beträgt in unserem Falle Fr. 15,000, demnach können die Bürgen nur für je Fr. 7500 belangt werden. Eine Berufung auf die generelle Klausel — und damit kommen wir zur Beantwortung der eingangs gestellten Frage — scheitert auch hier an den Grundsätzen über Treu und Glauben, weil eben, wie wir zu zeigen versucht haben, in diesem Falle ganz besondere Verhältnisse vorliegen. Die Bank muss nun allerdings den Nachteil, der ihr daraus erwachsen könnte, dass von einem der Bürgen nicht der volle Betrag von Fr. 7500 erhältlich wäre, mit in den Kauf nehmen. Dieses Risiko kann nur vermieden werden, wenn die Bürgen sich tatsächlich als Mitbürgen im Sinne von Art. 497 gegenüber der Bank verpflichten. In unserem Falle hätte dieses Mitbürgschaftsverhältnis nur vermutet werden können, wenn die Bürgschaftslimite beider Bürgen auf Fr. 20,000 angesetzt worden wäre.

## II. Rechte der gläubigerischen Bank.

Bezüglich der soeben besprochenen anderweitigen Sicherheiten, speziell der Pfandhinterlagen, behalten sich die Banken im Bürgschaftsvertrag das Recht vor, dem Hauptschuldner, beziehungsweise dem Pfandgeber oder Hinterleger die daraus fliessenden Zinsen, Dividenden, Gewinnanteile usw. zum Bezuge zu überlassen. Der Bürge könnte also nicht verlangen, dass solche Posten zur Erhöhung der Deckungssumme oder als Anzahlung an die Hauptschuld verwendet würden.

Im Bürgschaftsformular einer Zürcher Bank ist ferner noch eine Klausel enthalten, die Beachtung verdient und die der Bank folgendes Recht einräumen soll: «Die Bank ist berechtigt, jederzeit auch ohne Fälligkeit der Hauptschuld für ihr jeweiliges Guthaben von den Bürgen ihr genehme Deckung oder Zahlung zu verlangen.»

Die Abmachung, dass die Bank auch ohne Fälligkeit der Hauptschuld für ihr Guthaben vom Bürgen jederzeit Zahlung verlangen könne, ist unseres Erachtens ohne weiteres ungültig. Aus dem der Bürgschaft begriffswesentlichen

Grundsatze der Akzessorität ergibt sich, dass die Fälligkeit der Bürgenschuld sich richten muss nach der der Hauptschuld. Dazu kennen wir allerdings einige Ausnahmen: So bestimmt das Gesetz, dass der Bürge wegen der Hauptschuld vor dem für deren Bezahlung festgesetzten Termin selbst dann nicht belangt werden könne, wenn die Fälligkeit durch den Konkurs des Hauptschuldners vorgerückt werde. Doch bedeutet eben der Konkursfall den Eintritt eines anormalen, vom Gesetz aufgezwungenen Zustandes der hauptschuldnerischen Vermögensrechte. Eine Folge dieses Zustandes ist der in SchKG Art. 208 vorgesehene Eintritt der Fälligkeit sämtlicher Schuldverpflichtungen des Gemeinschuldners. Es wäre aber unbillig, wenn für alle Nebenrechte der Konkursforderungen dasselbe gelten würde. Daher wirkt diese Vorschrift gegenüber allen Mitverpflichteten des Gemeinschuldners wie Solidarschuldner und Bürgen nicht. Das Gesetz durchbricht demnach hier aus Gründen der Billigkeit das Akzessoritätsprinzip [1]). Es ist ferner auch möglich, dass die Fälligkeit der Bürgenschuld hinausgeschoben werden kann, durch Vertragsabrede selbst bis zum Ableben des Bürgen [2]). Doch verpflichtet sich der Gläubiger hier bei Eingehung des Vertrages, die Bürgenschuld bis zu einem späteren Zeitpunkte zu stunden.

Im allgemeinen sind die Vertragsabreden, welche einen für den Bürgen günstigen Rechtszustand schaffen, auch wenn sie gegen die Akzessorität verstossen, zulässig. Eine Verletzung des Akzessoritätsprinzipes in einem für den Bürgen ungünstigen Sinne scheint uns dagegen regelmässig unzulässig, indem die Verpflichtung meist ausserhalb des Rahmens eines Bürgschaftsvertrages fällt.

Anders verhält es sich, wenn der Bürge sich verpflichtet, auf Verlangen der Bank hin Deckung in Form von Pfändern

[1]) Es kann aber gleichwohl gültig vereinbart werden, dass mit der Konkurseröffnung über den Hauptschuldner auch die Bürgenschuld fällig werde. Dahingehende ausdrückliche Abmachungen sind in den meisten Bürgschaftsformularen enthalten.

[2]) BGE *26* [2] 319.

für den Betrag seiner Haftung zu geben. Dieser Abmachung scheint nichts im Wege zu stehen.

Hinsichtlich solcher Pfänder besteht gewöhnlich zwischen dem Bürgen und der Bank auf Grund eines besonderen Pfandvertrages die Abmachung, dass die Bank befugt sei, sie freihändig zu realisieren. Diese Abrede ist gültig, sofern sie nicht einem Pfandanfallvertrag gleichkommt [1]). Der freihändige Pfandverkauf dürfte aber nicht schon vor Fälligkeit der Hauptschuld vorgenommen werden, da dies einer vorzeitigen Zahlung gleichkäme.

In der Regel besteht allerdings zwischen der Bank und dem Kreditnehmer die Vereinbarung, dass die Kreditschuld jederzeit fällig und exequierbar sei. In diesem Falle kann die Bank jederzeit vom Bürgen Zahlung verlangen oder die Pfandrealisierung vornehmen.

---

[1]) *Blumenstein* 142 Note 23, *Jaeger* SchKG Art. 151 Bem. 2 und Art. 38 Bem. 8, *Böckli* JZ *20* 301 ff.

## 3. Kapitel.

### § 8.

### Das Erlöschen der Solidarbürgschaftsverpflichtung.

#### I. Die Wirkungen des Untergangs der Hauptschuld.

Als Folge der akzessorischen Natur der Bürgschaft bestimmt OR Art. 501, dass durch jedes Erlöschen der Hauptschuld der Bürge frei wird. Das tritt vor allem ein, wenn die Hauptschuld bezahlt wird. Bei der bankmässigen Kreditgewährung, wo als Hauptvertrag in der Regel ein Krediteröffnungsvertrag vorliegt, haben wir die Besonderheit, dass durch eine vollständige Rückzahlung der durch die Bank gewährten Kredite kein Erlöschen der Hauptverpflichtung in diesem Sinne und damit kein Untergang der Bürgschaft eintritt. Vielmehr bedarf es weiter dazu einer Kündigung des Krediteröffnungsvertrages seitens einer der beiden Vertragsparteien, um dadurch die Bürgschaft zum Erlöschen zu bringen [1]). Diese Besonderheit ist, wie wir in § 1 gesehen haben, eine Folge des revolvierenden Charakters des Krediteröffnungsvertrages. Einige Banken weisen in ihren Bürgschaftsformularen noch speziell auf diesen Umstand hin durch folgende Klausel: «Die Bürgschaftsverpflichtung dauert so lange, als der Geschäftsverkehr der Bank mit dem Hauptschuldner besteht (oder: „solange der bewilligte Kredit offen

[1]) *Staub* § 349 Anm. 31: «Die Bürgschaft erlischt nicht, wenn zeitweilig die Schuld des Hauptschuldners getilgt sein sollte; insbesondere kann der Kontokorrentbürge nicht einwenden, er habe durch eine Zahlung seinerseits seine Schuld entrichtet; denn in der Verbürgung für einen Kontokorrentkredit liegt die Verbürgung für den Schlusssaldo; dieser muss bezahlt werden.»

steht"), mag auch ein erteilter Kredit vorübergehend abbezahlt sein oder sonst zeitweise nicht beansprucht werden.»

Als Untergangsgrund der Bürgschaft kommt ferner namentlich in Betracht eine Neuerung der Hauptschuld, d. h. eine Tilgung der alten Hauptschuld durch Begründung einer neuen. Dieser Vorgang kann sich in sehr verschiedener Form abspielen. OR Art. 116 bestimmt allerdings, dass das Vorliegen einer Neuerung allgemein nicht vermutet wird. Notwendig ist regelmässig der Wille der Parteien, ein neues Schuldverhältnis zu schaffen und dieses an die Stelle des früheren zu setzen, der sogenannte animus novandi.

Die Hauptwirkungen der Novation bestehen erstens darin, dass die Einwendungen gegenüber der alten Forderung verschwinden, und zweitens, dass sämtliche Nebenrechte der früheren Forderung untergehen, namentlich Pfandrechte und, wie erwähnt, Bürgschaften [1]). Wollen die Parteien diese letztere Wirkung vermeiden, so müssen diese Nebenrechte zum neuen Schuldverhältnis auch neu geschaffen werden. Für Bürgschaften bedarf es demnach einer neuen schriftlichen Begründung. Wenn daher im Formular einer Zürcher Grossbank bestimmt wird, «allfällige Erneuerung der Schuld ändert an der Haftpflicht des Bürgen nichts», so ist anzunehmen, dass damit besonders auf den Spezialfall der Saldoziehung im Kontokorrent aufmerksam gemacht werden soll, was allerdings im Hinblick auf OR Art. 117 unnötig erscheint. Die vorherige Abmachung im Bürgschaftsvertrag, dass allgemein bei einer Neuerung der Hauptschuld die Verpflichtung nicht untergehen soll, ist unseres Erachtens nicht genügend, denn es bedarf regelmässig einer Neubegründung der Bürgschaftsverpflichtung.

### II. Der Wechsel in der Hauptschuldnerschaft.

Im alten Obligationenrecht ist die Schuldübernahme, das Eintreten eines neuen Schuldners in ein Schuldverhältnis

[1]) *Oser* (Auflage 1928) Art. 116, Bem. III.

an Stelle des früheren, nur in Art. 142 erwähnt als ein Fall der Novation. Im geltenden Recht dagegen ist ihr zusammen mit der Forderungsabtretung ein besonderer Titel gewidmet [1]).

Dieser Fall der befreienden Übernahme (Privativ- oder Translativübernahme) im Verhältnis zwischen der Bank und dem Kreditnehmer bedarf hier der Besprechung. Regelmässig wird es sich um einen Vertrag zwischen dem neuen Schuldner und der gläubigerischen Bank handeln. (Externe Schuldübernahme.)

OR Art. 178 stellt die allgemeine Regel auf, dass Nebenrechte, soweit sie nicht mit der Person des bisherigen Schuldners untrennbar verknüpft sind, vom Schuldnerwechsel nicht berührt werden. Jedoch haften von Dritten bestellte Pfänder sowie Bürgen dem Gläubiger nur dann weiter, wenn der Verpfänder oder der Bürge der Schuldübernahme zugestimmt hat. Diese Sonderbehandlung insbesondere der Bürgschaft ist begründet durch ihre Vertragsnatur. Der Bürge geht seine Verpflichtung nur ein im Hinblick auf die ihm bekannte Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit des Hauptschuldners. Es kann ihm daher keineswegs zugemutet werden, dass er an Stelle dieses Schuldners ohne weiteres einen neuen treten lassen muss, dessen Kreditwürdigkeit vielleicht bedeutend geringer ist.

Ähnliche Bedenken können sich äussern bei einem Wechsel der Rechtsform einer Firma oder beim Wechsel des Firmainhabers. Bezüglich der Frage des Wechsels der Rechtsform der hauptschuldnerischen Firma ist ein Entscheid des Bundesgerichtes aus dem Jahre 1910 zu erwähnen, dem wir kurz folgendes entnehmen [2]): Tatbeständlich handelte es sich darum, dass zwei Bürgen sich zugunsten einer Kollektivgesellschaft verbürgt hatten, die sich nach ungefähr Jahresfrist auflöste und deren Aktiven und Passiven von einer Kommanditgesellschaft gleichen Namens über-

[1]) Man vergleiche die historischen und dogmengeschichtlichen Ausführungen bei *Oser* (Kommentar zum OR, Ausgabe 1928) 747 ff.

[2]) BGE *36* [2] 517.

nommen wurden. Nachdem die Bürgen vier Jahre später ihre Verpflichtung noch erneuert hatten, belangte die Bank sie für eine Schuldsumme von Fr. 3000, die von ihnen in der Meinung, es handle sich um eine Schuld der früheren Kollektivgesellschaft, anerkannt wurde. Zwei Jahre daraufhin aber bestritt der eine der Bürgen seine Schuldpflicht mit der Begründung, er habe inzwischen wahrgenommen, dass die Bank ihn eine Schuld der Kommanditgesellschaft habe bezahlen lassen, für welche er keine Bürgschaft eingegangen sei. Das Bundesgericht nahm an, der Bürge habe tatsächlich aus Irrtum über seine Schuldpflicht eine Nichtschuld bezahlt und sei somit auf Grund des alten OR Art. 70 zur Rückforderung seiner Leistung berechtigt.

Es ist also auch bei einem Wechsel der Rechtsform der hauptschuldnerischen Firma die Zustimmung des Bürgen im Sinne von Art. 178 OR notwendig. Diese Zustimmung bedarf nach der herrschenden Meinung keiner besonderen Form [1]). Schulthess ist allerdings der Ansicht, dass diese in Wahrheit nichts anderes sei als die Begründung einer neuen Bürgschaft, und zwar sei dies nicht nur der Fall, wo sie erst nach der Schuldübernahme erfolge (hier sei es unzweifelhaft, da die Bürgschaft schon erloschen war), sondern auch dann, wenn sie schon vor derselben erteilt werde [2]). Schulthess stützt sich unseres Erachtens zu sehr auf die novatorische Natur der Schuldübernahme und berücksichtigt die besonderen Bestimmungen unseres Obligationenrechts zu wenig.

Verschiedentlich enthalten die Bürgschaftsformulare folgende Klausel, deren Gültigkeit zum Teil bezweifelt werden muss: «Die Bürgschaft bleibt auch bei einem Wechsel des Inhabers oder bei einer Änderung der Rechtsform der Firma des Hauptschuldners bestehen.» Wenn beispielsweise Fick bemerkt, dass diese Zustimmung dem Schuldübernahme-

---

[1]) *Oser* Art. 178 Bem. 10, *v. Tuhr* II. Halbband OR 776, *Gmür* OR Art. 178 Bem. 8.

[2]) *Schulthess* 88.

vertrag vorausgehen oder nachfolgen könne [1]), so haben wir den Ausdruck «vorausgehen» so zu verstehen, dass der Gläubiger vor Abschluss des Übernahmevertrages den Bürgen anfragt, ob er für die Schuld eines ganz bestimmten Übernehmers weiter haften wolle. Dazu wird der Gläubiger zumeist noch Angaben machen über die Kreditwürdigkeit des neuen Hauptschuldners. Die Abmachung im Bürgschaftsvertrag, wonach der Bürge auch weiterhaften wolle, wenn einmal in Zukunft ein ihm unbekannter Dritter als Schuldner ins Schuldverhältnis eintritt, scheint uns zum mindesten nicht eine «Zustimmung» im Sinne von OR Art. 178 zu sein.

Eine Übernahme der Verpflichtung, bei Eingehung des Bürgschaftsvertrages weiterhaften zu wollen im Falle einer Änderung der Rechtsform der hauptschuldnerischen Firma, muss als gültig betrachtet werden, da wirtschaftlich kein eigentlich neuer Hauptschuldner ins Schuldverhältnis eintritt. Dagegen könnte unseres Erachtens trotz dieser Klausel ein Bürge die Haftung ablehnen für einen neuen Firmainhaber, d. h. eben für einen neuen Hauptschuldner, dessen Kreditwürdigkeit von vornherein zweifelhaft erscheint.

### III. Das Erlöschen der Bürgschaft nach OR Art. 502 und 503.

Bezüglich der Bürgschaft auf Zeit bestimmt Art. 502, dass die Verpflichtung des Bürgen erlischt, wenn der Gläubiger nicht binnen vier Wochen nach Ablauf der Frist seine Forderung rechtlich geltend macht und ohne erhebliche Unterbrechung den Rechtsweg verfolgt. Die Haftung einer solchen auf bestimmte Zeit übernommenen Bürgschaft beschränkt sich auf die Schulden des Hauptschuldners, die innerhalb dieser Zeit entstanden sind. Der Sinn der vierwöchentlichen, gesetzlichen Frist ist demnach der, dass der Gläubiger bis zu dem in der Bürgschaftsurkunde genannten Zeitpunkte dem Schuldner Kredit gewähren kann und diesen erst nach

[1]) *Fick* Art. 178 Note 3.

Ablauf der Bürgschaftszeit für seine Forderungssumme in Anspruch nehmen muss [1]).

Bei einer Verbürgung eines Kredites in laufender Rechnung beträgt die Hauptschuld demnach so viel, als die Saldosumme der auf den letzten Tag der Bürgschaftszeit abgeschlossenen Rechnung beträgt. Findet an diesem Tag kein Rechnungsabschluss statt, so ist gleichwohl zu ermitteln, wieviel der Saldo eben in diesem Zeitpunkte bei einem Abschluss betragen hätte [2]).

Es handelt sich demnach in Art. 502 um eine vom Gesetz angesetzte Verwirkungsfrist. Unter der rechtlichen Geltendmachung der Forderung ist zu verstehen die Einleitung der Betreibung oder die Klageanhebung gegen den Hauptschuldner [3]). Selbstverständlich kann aber bei Solidarbürgschaftsverpflichtungen die Forderung auch sofort gegen den Bürgen geltend gemacht werden.

Art. 502 ist dispositiver Natur, lässt deshalb jegliche Abänderung durch Parteiabrede zu. Die Bürgschaftsformulare der Banken enthalten meist entweder einen allgemeinen Verzicht des Bürgen auf die Bestimmungen dieses Artikels oder der Bürge anerkennt ausdrücklich, dass die Bank am Ende der Bürgschaftszeit bei der Geltendmachung ihrer Forderung an keine Verwirkungsfrist gebunden sei. Daran anschliessend stellt es der Bürge der Bank meist auch frei, dem Schuldner jederzeit in beliebiger Weise Stundung zu gewähren, wodurch der Bürge keine Einreden wegen einer erheblichen Unterbrechung des Rechtsweges in dieser Hinsicht erheben kann.

Unter Geschäftsleuten herrscht fast regelmässig die Ansicht, dass eine auf unbestimmte Zeit eingegangene Bürgschaftsverpflichtung gekündigt werden könne. Diese Auffassung stützt sich meist auf die Bestimmungen des Art. 503

---

[1]) Im Gegensatz zum österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch § 1363, wo mit Eintritt des im Bürgschaftsvertrage genannten Zeitpunktes der Bürge frei wird.

[2]) Man vgl. auch *Margot* 105 ff. und ein Urteil des Zürcher Obergerichts (BlZüR *15* Nr. 64), worauf wir aber später noch eingehend zu sprechen kommen.

[3]) *Fick* Art. 502 Note 15 ff., *Oser* Art. 502 Bem. 3.

OR. Des besonderen Charakters des Bürgschaftsvertrages wird man sich aber erst richtig bewusst, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die Bürgschaft nicht wie eine der andern Vertragsarten unseres Obligationenrechts kündbar ist [1]). Trotzdem finden wir fast in jedem Bürgschaftsformular der Banken eine Klausel über die «Kündigung» der Bürgschaft. Der Bürge kann aber bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Verpflichtung nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld nur vom Gläubiger verlangen, dass er binnen vier Wochen die Forderung rechtlich geltend macht und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung fortsetzt (Art. 503 Abs. 1).

Das Gesetz regelt ferner in Absatz 2 desselben Artikels den Fall, wo die Fälligkeit der Hauptschuld durch Kündigung des Gläubigers herbeigeführt werden kann. Hier ist nach Ablauf eines Jahres seit Eingehung der Bürgschaft der Bürge auch nur wieder berechtigt, vom Gläubiger zu verlangen, dass er die Kündigung der Hauptschuld vornimmt und nach Eintritt der Fälligkeit die Forderung gleich wie im ersten Falle rechtlich geltend macht.

Der Gläubiger ist nun allerdings verpflichtet, dem Verlangen des Bürgen nachzukommen, andernfalls dieser von seiner Verpflichtung befreit wird.

Es wurde in der Literatur über die Frage gestritten, ob der Art. 503 auch auf Solidarbürgschaftsverhältnisse anwendbar sei oder nicht. Stückelberg [2]) behauptet sogar im Anschluss an ein Urteil des kantonalen Zivilgerichtes von Baselstadt, wo diese Frage bejaht wurde, durch die Anwendung des Art. 503 werde bei der Solidarbürgschaft die Vorausklage wiederum eingeführt. Diese Ansicht scheint uns aus einer unklaren Vorstellung über das Wesen dieser Bürgschaftsart zu resultieren. Es ist nicht einzusehen, warum bei einer Solidarbürgschaft auf unbestimmte Zeit dem Bürgen

[1]) BGE *20* 179, *39* 2 262, *Oser* Art. 503 Bem. 1, *Fick* Art. 503 Note 25, *Tobler* 105.

[2]) JZ *9* 33.

nach Ablauf einer bestimmten Frist nicht das Recht zugebilligt werden sollte, vom Gläubiger verlangen zu können, dass er die Forderung gegen den Schuldner oder gegen ihn innerhalb einer gewissen Frist rechtlich geltend mache. Diese Frage wurde auch verschiedentlich von höheren Gerichten geprüft, wo sie zuletzt im Jahre 1928 vom Bundesgericht bejaht wurde [1]).

Für uns ist aber von besonderem Interesse der schon oben angeführte Entscheid des Zürcher Obergerichts aus dem Jahre 1914. Wir geben ihn auch wegen seines Tatbestandes, wo die Wirkungen des Vorgehens nach Art. 503 besonders deutlich zutage treten, in kurzen Zügen wieder [2]): Die Volksbank in St.G. gewährte 1905 einen Kredit von Fr. 10,000 gegen selbstschuldnerische Bürgschaft. Am 15. April 1912 «kündigte» einer der Bürgen die Bürgschaft auf Mitte des nächstfolgenden Monats. Die Bank bestätigte dieses unter dem Vorbehalt, dass der Bürge bis zur Neulegung des Geschäftes oder bis zur gänzlichen Rückzahlung weiterhaften müsse. Sie kündigte ferner ihr Darlehn dem Hauptschuldner auf den 20. Mai. Am 4. Mai wurde der Bank ihre Forderung bis auf Fr. 181 abbezahlt. Am 14. Mai jedoch verlangte der Hauptschuldner erneut von der Bank einen Vorschuss von Fr. 7000, wofür ein anderer Bürge zum Einstehen bereit gewesen wäre. Die Bank gewährte aber ohne weiteres diesen Vorschuss auf Rechnung des alten Kredites. Im hauptschuldnerischen Konkurs kam die Bank für ihre ganze Forderung zu Verlust. Sie klagte daher die Bürgen für den vollen Betrag ihrer Forderung ein. Das Gericht stellte fest, dass es sich um eine auf unbestimmte Zeit eingegangene Bürgschaft handelte, für ein Schuldverhältnis, dessen Fälligkeit jederzeit durch Kündigung herbeigeführt werden konnte. Der Bürgschein enthielt folgende Klausel: «Für den Fall der Kündigung der Bürgschaft wird der Kreditorschaft mit Bezug auf die rechtliche Geltendmachung der Forderung

[1]) BGE *54* ² 289, man vgl. dazu ferner BGE *36* ² 529.
[2]) BlZüR *15* Nr. 64.

weder eine Frist angesetzt, noch sonst eine Vorschrift gemacht.» Trotzdem habe die Bank durch die eigentlich vorbehaltlose Annahme der Kündigung der Bürgschaft und der hierauf sofortigen Zustellung der Kreditkündigung an den Hauptschuldner den Bürgen das Recht eines Vorgehens nach Art. 503 Abs. 2 zuerkannt. Durch die Kündigung der Bank gegenüber dem Hauptschuldner sei die Liquidation des ganzen Schuldverhältnisses eingeleitet worden, und die darauf erfolgte grössere Abzahlung des Hauptschuldners müsse unbedingt als Tilgung und Erfüllung der aus diesem Schuldverhältnis sich ergebenden hauptschuldnerischen Verpflichtung ausgelegt werden. Es ergebe sich somit, dass die Bürgen bis auf den Betrag von Fr. 181 von ihrer Bürgschaftsverpflichtung frei wurden, denn es müsse als ganz selbstverständlich erklärt werden, dass vom Moment der Kündigung an nur noch Rückzahlungen seitens des Schuldners, niemals aber neue Zahlungen seitens der Bank erfolgen durften. Vor Auszahlung der Fr. 7000 hätte demnach die Bank eine neue Bürgschaft verlangen sollen, denn selbst eine mündliche Zustimmung der alten Bürgen wäre in diesem Falle nicht genügend gewesen.

Dieses Urteil scheint uns trotz seiner Härten richtig. Wenn eben eine Bank sich dem Bürgen gegenüber bereit erklärt, im Sinne von OR Art. 503 vorzugehen, verstösst es gegen Treu und Glaubensgrundsätze, wenn sie nach erfolgter Kündigung des Kreditverhältnisses dem Hauptschuldner noch auf Rechnung des alten, verbürgten Kredites weitere Auszahlungen macht. Es müsste sich das eine Bank schon ausdrücklich vorbehalten haben. Ein allgemeiner Verzicht des Bürgen auf die Bestimmungen des Art. 503 deckt die Bank hier nicht, wenn sie sich nachträglich trotzdem zu einem solchen Verfahren herbeilässt. Wir haben nur in einem der von uns untersuchten Bürgschaftsformulare eine Klausel gefunden, die in dieser Hinsicht die Bank völlig deckt. Der Bürge verzichtet dort auf alle ihm durch Art. 503 eingeräumten Befugnisse, anerkennt aber das Recht der Bank,

wo diese trotzdem eine Kündigung entgegennimmt, dem Kreditnehmer das volle Verfügungsrecht über den Kredit bis zum Ablaufe des Kündigungstermins zu gestatten, ohne dass die Haftung des Bürgen irgendwie vermindert oder modifiziert würde.

Im übrigen machen die Banken zu den in Art. 503 genannten Fällen in den Bürgschaftsformularen dieselben Vorbehalte wie zu den Bestimmungen des Art. 502. Der Bürge verzichtet entweder auf die ihm zustehenden Einreden aus Art. 503 oder anerkennt zum mindesten, dass die Bank, nach dem durch Kündigung herbeigeführten Verfall der Hauptschuld, hinsichtlich der rechtlichen Geltendmachung an keine Fristen gebunden sei und dass sie unbeschadet ihrer Rechte nach freiem Ermessen dem Schuldner Zahlungsaufschub gewähren könne [1]).

Da Art. 503 auch dispositiv ist, sind jegliche Abmachungen in dieser Hinsicht zwischen dem Bürgen und der Bank zulässig.

Wie Fick richtig bemerkt [2]), sind aber solche Abreden nicht als eigentlicher Verzicht auf Art. 503 aufzufassen, sondern sie bedeuten lediglich meist eine Einräumung grösserer Bewegungsfreiheit für die Bank. Wenn der Bürge nicht ausser diesen besonderen Abreden noch ausdrücklich auf Art. 503 verzichtet hat, kann er nach einem Jahr nach Eingehung der Bürgschaft von der gläubigerischen Bank die rechtliche Geltendmachung der Forderung verlangen. Fick ist ferner der Auffassung, dass trotz dieser Abreden die Geltendmachung der Forderung nicht nach Belieben hinausgezogen und nur angemessene Stundung gewährt werden dürfe. Eine über-

---

[1]) Ferner verzichtet der Bürge im gleichen Zusammenhange auf eine Einrede aus Art. 500 Abs. 2, wonach in den Fällen, wo die Fälligkeit der Hauptschuld eine Kündigung erfordert, diese auch an den Bürgen zu geschehen habe. Der Bürge anerkennt gegenüber der Bank, dass seine Schuld mit Kündigung der Hauptschuld fällig werde, ohne dass die Bank ihm noch eine besondere Kündigung zuzustellen braucht.

[2]) *Fick* Art. 503 Note 13.

mässige Verzögerung hebe die Bürgschaft gleichwohl auf. Wir halten auch dafür, dass in einem solchen Falle der Richter den Bürgen von seiner Haftung befreien kann.

## IV. Der Anspruch des Bürgen auf Zahlungsannahme oder Entlassung durch den Gläubiger.

Zum Schlusse sei erwähnt, dass die Banken mit ihren Bürgen keine ausdrücklichen Abmachungen treffen zum Art. 510 OR. Jedoch werden die Wirkungen dieser Bestimmung durch andere Klauseln in einem dem Bürgen nachteiligen Sinne beeinflusst. Der Bürge kann nach Art. 510 bei Fälligkeit der Hauptschuld vom Gläubiger jederzeit verlangen, dass dieser von ihm Befriedigung annehme oder ihn aus der Bürgschaft entlasse. Verweigert der Gläubiger die Annahme der Zahlung, wird der Bürge ohne weiteres frei [1]).

Dem Bürgen wäre damit tatsächlich ein Mittel gegeben, wodurch er sich in vielen Fällen vor einer durch Stundungen und Prolongationen langandauernden Geltendmachung der Forderung durch die Bank schützen könnte. Der Bürge kommt durch die Zahlung in den Besitz des Regressrechtes und könnte nun nach eigenem Gutdünken gegen den Hauptschuldner vorgehen. Es mag oft vorkommen, dass die gläubigerische Bank durch gewisse Umstände, beispielsweise wegen anderer Geschäftsverbindungen, nicht sofort mit aller

[1]) Vorausgesetzt wird die Fälligkeit der Hauptschuld, dagegen nicht die Fälligkeit der Bürgschaftsschuld. *Oser* (Art. 510 Bem. 2) und *v. Tuhr* (JZ 19 248) sind der Ansicht, dass der Bürge auch schon vor Fälligkeit der Hauptschuld bezahlen könne, sofern nämlich der Schuldner nach OR Art. 81 zu vorzeitiger Erfüllung befugt ist. Allerdings kann, wie *Oser* auch richtig bemerkt, der Rückgriff gegenüber dem Hauptschuldner dann erst vom Zeitpunkt der Fälligkeit der Hauptschuld an geltend gemacht werden. Dem entgegen ist *Tobler* (111) der Auffassung, dass der Bürge auch in diesem Falle bei Leistung nicht seine Bürgschaftsverpflichtung erfüllt. Es gehe aus der Natur des Bürgschaftsvertrages hervor, dass der Bürge gerade dann einstehen wolle, wenn der Hauptschuldner nicht erfüllt. Ob er dies tue, wisse eben der Bürge nicht vor Fälligkeit der Hauptschuld. Daher kommt Tobler zum Schlusse, dass der Bürge nicht die Bürgschaftsschuld leistet. Unseres Erachtens muss eher seine Meinung als richtig betrachtet werden.

Schärfe die hauptschuldnerische Forderung eintreibt. Da könnte es für den Bürgen von Vorteil sein, der Bank die von ihm verbürgte Kreditsumme zu bezahlen und hierauf unverzüglich den Rechtsweg gegen den Hauptschuldner zu verfolgen. Dieser Ausweg wird aber im Bankverkehr dem Bürgen wenig Vorteile bieten, weil er, wie wir oben erwähnt haben, meist sich verpflichtet, seine Regressrechte erst geltend zu machen, wenn die Bank für alle ihre Forderungen gegen den Hauptschuldner befriedigt ist.

Bei einem auf bestimmte Zeit gewährten Kredite erwächst dem Bürgen mit Ablauf dieser Zeit, d. h. mit der nun eintretenden Fälligkeit der Hauptschuld, der Anspruch auf Zahlungsannahme. Handelt es sich aber um ein auf unbestimmte Zeit eingegangenes Kreditverhältnis, so muss der Bürge zuerst den Gläubiger ersuchen, eine Kündigung der Hauptschuld vorzunehmen. Erst wenn die Bank diesem Gesuch entsprochen hat, wozu sie aber, wie wir oben erwähnt haben, meist nicht verpflichtet ist, hat der Bürge diesen Anspruch aus Art. 510.

Anders verhält es sich, wenn die Bank mit dem Hauptschuldner vertraglich verabredet hat, dass die Kreditforderung stets fällig und exequierbar sei. In diesem Falle kann der Bürge jederzeit die Bezahlung der Bürgschaftsschuld anbieten und wird, sofern die Bank nicht annimmt, ohne weiteres frei. Allerdings wird dann etwa mit dem Bürgen vereinbart, dass er die Kreditschuld erst nach Ablauf einer bestimmten Frist, beispielsweise nach Ablauf eines Jahres, gegen Abtretung der gläubigerischen Rechte einlösen könne.

In Art. 510 Abs. 2 wird ferner noch bestimmt, dass der Bürge frei werde, wenn der Gläubiger die Übertragung der Sicherheiten verweigert. Es erübrigt sich, auf diesen Punkt hier näher einzutreten, da, wie wir gesehen haben, bezüglich der anderweitigen Sicherheiten regelmässig besondere Abmachungen zwischen der Bank und dem Bürgen bestehen.

# Anhang.

## Bürgschaftsverpflichtung.

Der Unterzeichnete ..... verpflichtet sich hierdurch gegenüber der Bank X als Solidarbürge zu haften für das ihr aus ihrem geschäftlichen Verkehr erwachsende jeweilige, gegenwärtige und zukünftige Guthaben an ....., mag diese Forderung aus irgendwelchen Gründen entstanden sein, bis zu einem Kapitalbetrag von

Fr. ..... in Worten .....

nebst dem laufenden und drei verfallenen Jahreszinsen, sowie Provisionen und Kosten, wodurch der verbürgte Kapitalbetrag überschritten wird.

Die Verpflichtung dauert so lange, als der Verkehr der Bank mit ..... besteht, mag auch ein erteilter Kredit vorübergehend abbezahlt sein oder sonst zeitweilig nicht beansprucht werden. Die Bürgschaft bleibt auch bei einer Änderung der Rechtsform der hauptschuldnerischen Firma bestehen.

Die Bank ist ermächtigt, über anderweitige Sicherheiten, welche ihr jetzt oder künftig für die verbürgte Forderung gegeben werden, nach Belieben zu verfügen, insbesondere auch darauf zu verzichten. Der Bürge ist ferner ausdrücklich damit einverstanden, dass die Bank solche Sicherheiten zur Befriedigung für einen allfälligen durch die Bürgschaft nicht gedeckten Teil ihrer Forderung verwende.

Der Bürge verzichtet auf alle ihm durch OR Art. 503 eingeräumten Befugnisse. Nimmt die Bank trotzdem eine Aufforderung des Bürgen zur Kündigung der Hauptschuld entgegen, so anerkennt der Bürge der Bank die Berechtigung, dem Kreditnehmer das volle Verfügungsrecht über den Kredit bis zum Ablaufe des Kündigungstermines zu gestatten,

ohne dass seine Haftung dadurch irgendwie vermindert oder modifiziert würde. Er verzichtet auch auf sämtliche Einreden, die ihm aus den Art. 499 und 511 OR und 303 SchKG erwachsen könnten.

Die Bank ist hinsichtlich der rechtlichen Geltendmachung der Forderung keinesfalls an eine Frist gebunden. Es bleibt ihr auch anheimgestellt, dem Schuldner jederzeit in beliebiger Weise Stundung zu gewähren.

Solange die Bank für alle ihre Forderungen samt Zinsen und Kosten an den Schuldner nicht voll befriedigt ist, verzichtet der Bürge darauf, seine Regressansprüche gegen den Hauptschuldner geltend zu machen.

Der Unterzeichnete verpflichtet sich ferner, bei allen über den Kreditnehmer ergehenden amtlichen beziehungsweise gerichtlichen Auskündigungen (Schulden- und Bürgschaftsrufen, öffentlichen Inventarien usw.) die Forderung selbst einzugeben oder der Bank davon so rechtzeitig Kenntnis zu geben, dass sie ihre Rechte gehörig wahren kann, widrigenfalls der Bürge der Bank für allen ihr aus der Unterlassung von Rechtsvorkehren irgendwelcher Art erwachsenden Schaden verantwortlich bleibt.

Alle Mitteilungen, die sich auf diese Bürgschaft beziehen, gelten als dem Unterzeichneten ordnungsgemäss zugestellt, wenn sie mittelst Zuschrift an die der Bank zuletzt angegebene Adresse abgesandt worden sind.

Alle Rechte und Pflichten aus diesem Bürgschaftsvertrag sind nach schweizerischem Recht zu beurteilen, und zwar durch die ordentlichen Gerichte des Kantons ..... unter Vorbehalt der Weiterziehung an das Bundesgericht.

....., den ..... 19...

Der Kreditnehmer: Der Solidarbürge:

..... .....

Amtliche Legalisation der Unterschriften:

.....